السُّكنَى

أحكامها ومجالاتها

في الفقه الإسلامي

" (٢) المعاملات "

دكتور

جابر علي مهران

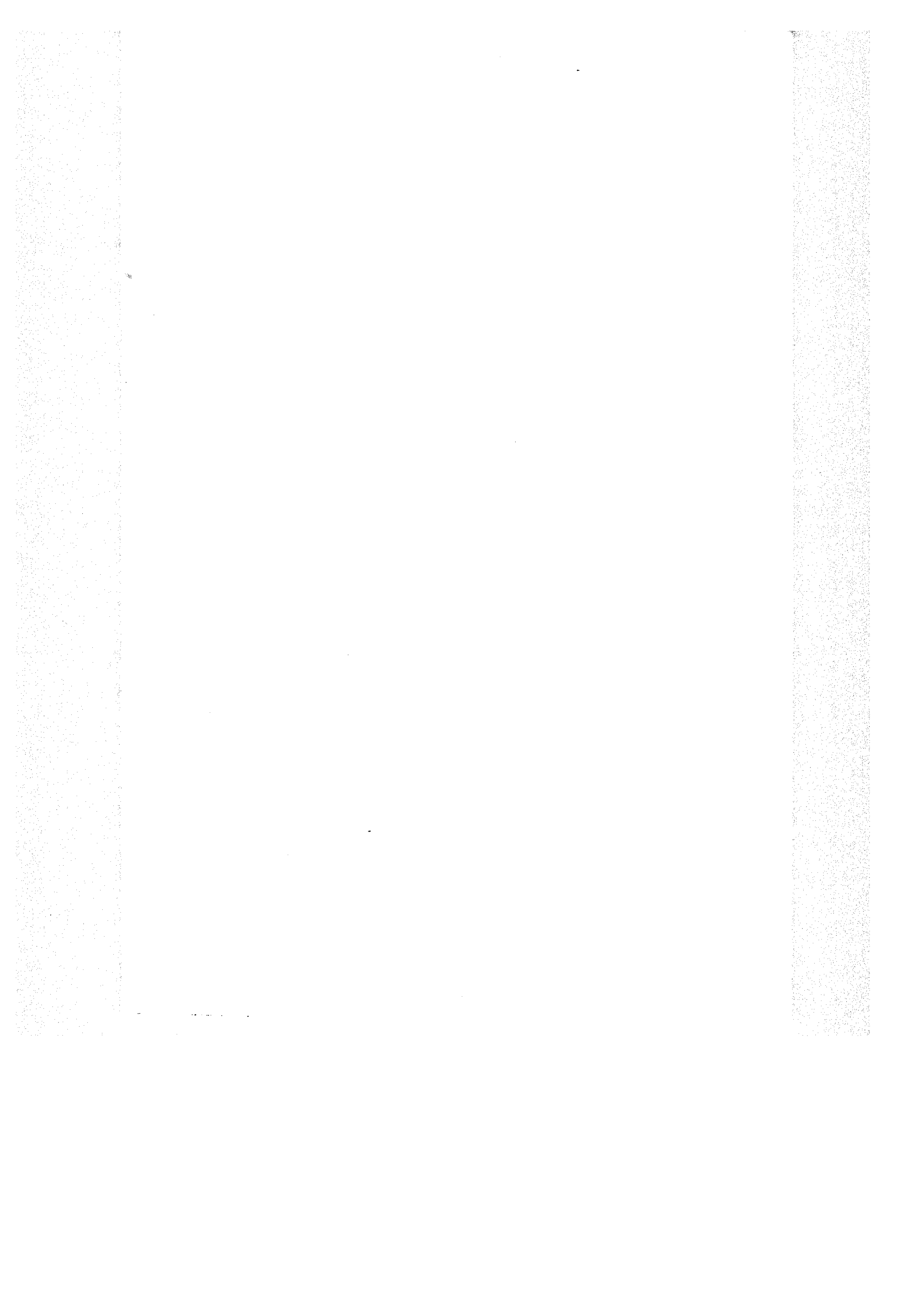
أستاذ الشريعة الإسلامية

وعميد كلية الحقوق

والمحامي بالنقض

والمستشار القانوني للجامعة

٢٠٠٣



بسم الله الرحمن الرحيم

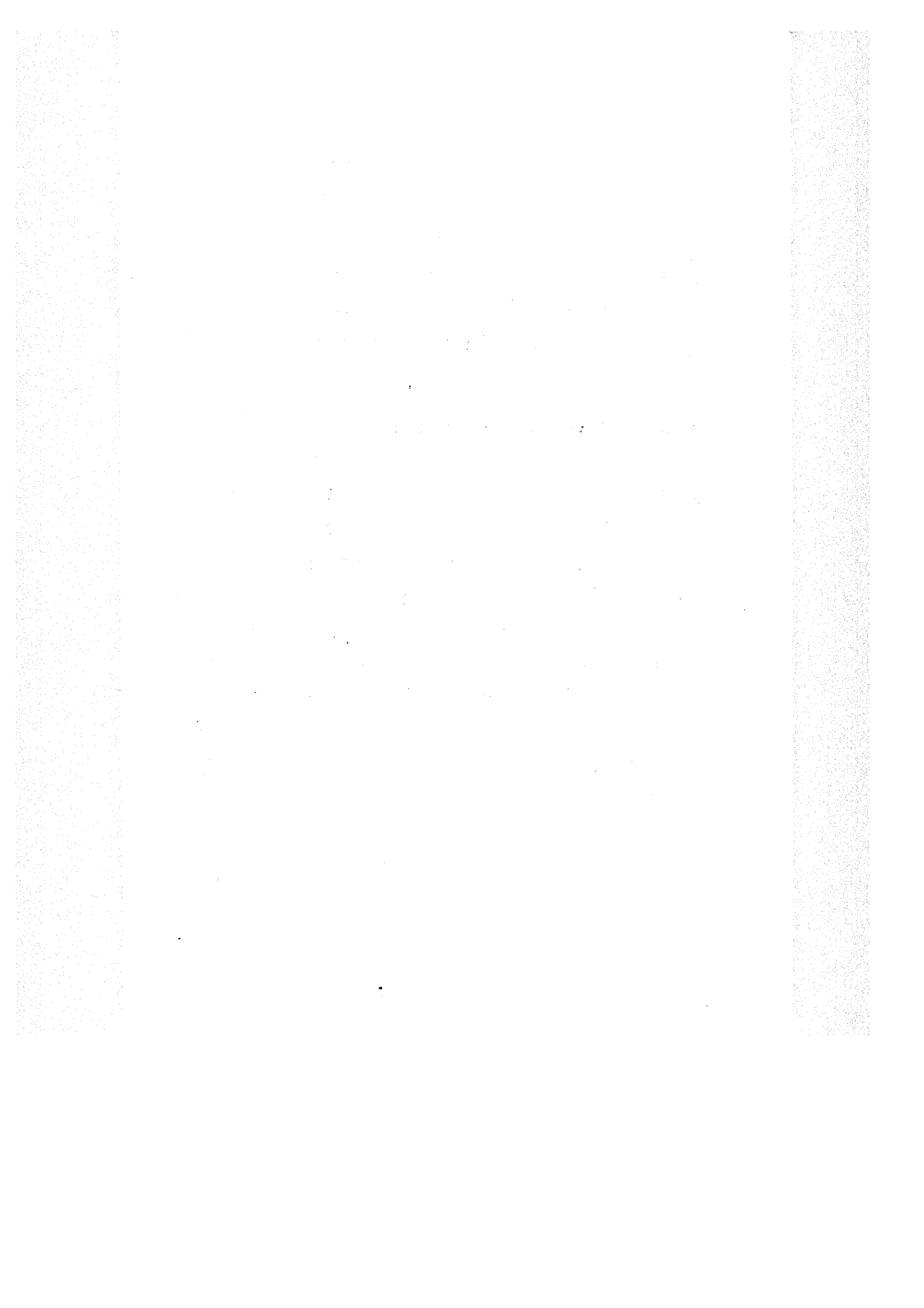
الحمد لله رب العالمين رافع الدرجات لمن انخفض لجلاله • وفاتح البركات لمن انتصب لشكر افضاله •

والصلاة والسلام على من شدت به البلاغة نطاقها ومدت اليه الفصاحة رواقها المبعوث بالآيات الباهرات والحجج المنزل عليه قرآنا عربيا غير ذى عوج ــ صلاة وسلاما دائمين بدوام ملك الله وعلى آله وصحبه الذين أشادوا الدين وأطاعوا رب العالمين فرضى الله عنهم أجمعين •

وبعد

فان الله تعالى أحاط عباده بالنعم الكثيرة ، فأباح لهم ما فى الأرض ، وفتح لهم مجالات الرزق ، فأقدرهم على ارتياد السبل وهيأ لهم الطريق الآمن والوسائل المشروعة ليبلغوا أقصى ما يرفه حياتهم ويسعدهم مع أهليهم وفى بيئتهم ، وشرع لهم ما يحقق الخير والبر ، وما يوصل الانسان الى سعادة الدنيا ونعيم الآخرة ومع ذلك فانه حفظ له حريته وشرع له ما يصون دمه ، ويحفظ ماله ويحمى عرضه فوهبه حق الاستقرار والسكن وأودع فى القلوب التعاطف والتراحم والتعاون والتكافل وشاءت ارادة الله أن يستمر البشر فى عمارة الحياة وتجميل مجالاتها ، فجعل صلات الانسان فى مجال القداسة والاحترام ولذلك جعل الزواج سكنا ومودة ورحمة فتستقر الأجسام تحت ستر المولى • وحفظه فى داره وحرم اقتحامه بلا اذن وأمر بالاستئذان والأنس والسلام لتلتقى الأفراد وتنمو العائلة والأسرة فى حرية لا يحرمه منها فضولى مستبد ولا مبطل مستغل •

ضمن الله تعالى ذلك للاسرة الواحدة ثم البيئة الواحدة ، ثم الجماعات الملتزمة بشرع الله وأحكامه ولعلمه جل شأنه بحال عباده وهب لهم حق



الاستئجار وحق التبادل وحق المواهب فى هذا المجال ، كما حرم الغصب والأداء والاستغلال فى مجال السكنى •

ومن هنا تعددت الأحكام الخاصة بسكنى الانسان واستقراره فى حياته بعد الحل المشروع والباطل المغصوب فكان بيان هذا الحق فى مجالاته والعلم بأنواعه فى حله وحظره من المباحث الهامة التى نظمها التشريع ولذلك اخترته موضوعا للرسالة التى أتشرف بالتقدم بها الى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بالقاهرة للحصول على درجة العالمية "الدكتوراه" فى الفقه الاسلامى المقارن سائلا الله تعالى أن أكون قد وفقت فيما قمت به من عمل فى هذا البحث الهام من العقود •

منهج البحث

السكنى باعتبارها مترتبة على تصرف من التصرفات

وقد اشتمل على خمسة فصول :

الفصل الأول : اجارة السكنى

وقد اشتمل على خمسة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الاجارة ودليل مشروعيتها •

المبحث الثانى : شروط اجارة السكنى •

المبحث الثالث : آثار اجارة السكنى •

المبحث الرابع : التصرف فى محل السكنى •

المبحث الخامس : خلو الرجل لاستئجار السكنى

الفصل الثانى : التبرع بالسكنى •

وقد اشتمل على ثلاثة مباحث :

السكنى باعتبارها مترتبة على تصرف من التصرفات

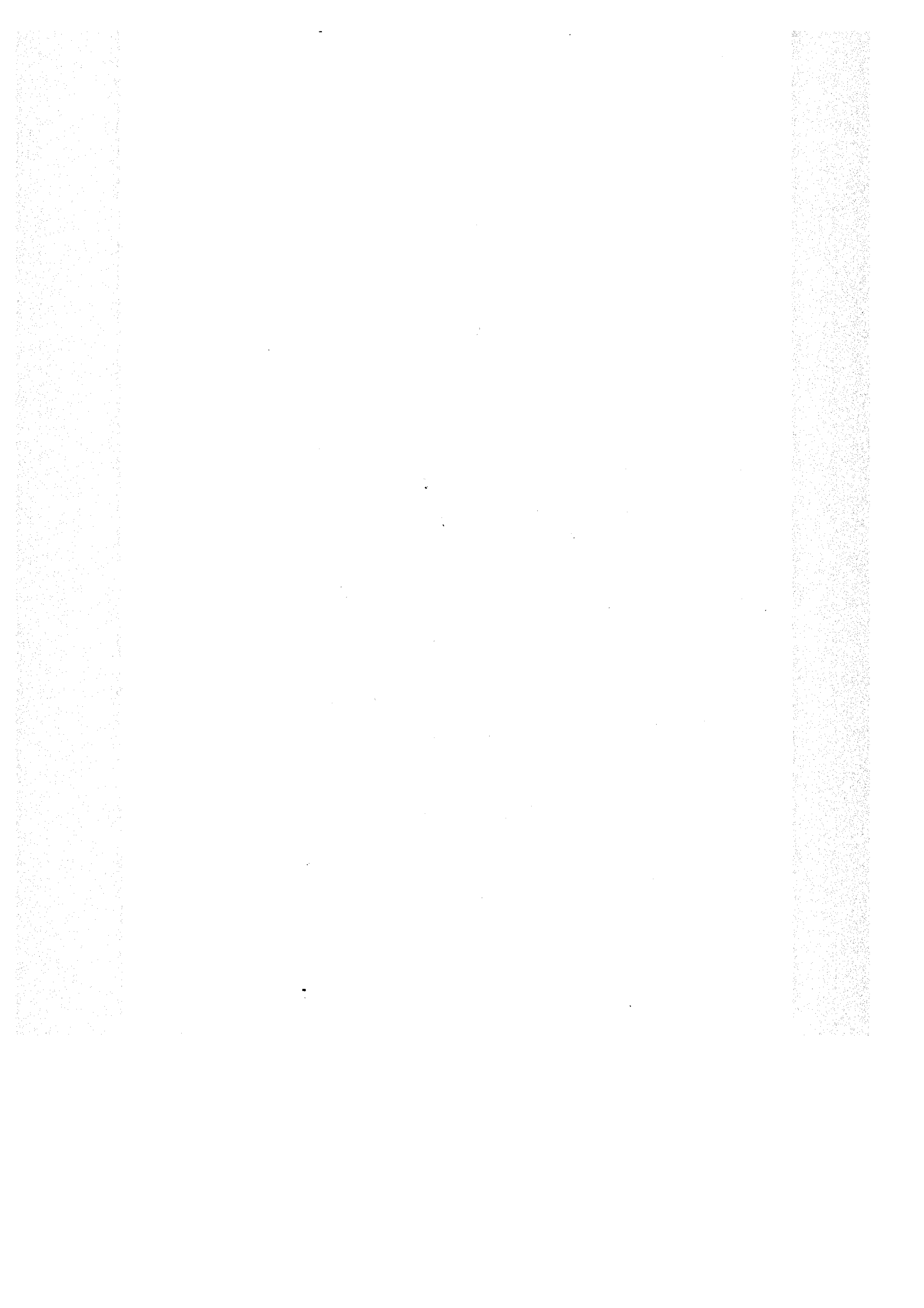
فى هذا الباب نتكلم عن السكنى باعتبارها مترتبة على تصرف من التصرفات وذلك قد يكون عن طريق نقل الحق من مستحق الى مستحق آخر كما فى الأجاره ، والوقف ، والوصية ، والهبة • وقد يكون عن طريق قبض الشىء سواء أكان باذن كالرهن ، أم بغير اذن كالغصب وقد يكون عن طريق اسقاط الحق بعوض وذلك كما فى الصلح •

فهذه التصرفات التى ذكرناها تستقر السكنى فى أحدها فتمثل كيانا له اعتباره وأحكامه وفى هذا البحث سنبرز هذه الأحكام ونبينها لنصل فى نهايتها الى ما يجوز فيها وما لا يجوز • على أنه ينبغى ملاحظة أن بعض هذه التصرفات اذا استقرت السكنى فى أحدها كالاجارة • ليس ثمة ما يقصد منها (اذا ما تم التصرف بعوض ذلك لأن الاجارة قد تقوم لأغراض أخرى) غيرها لأن السكنى منفعة والمنفعة هى المقصود الأساس من هذا العقد • وهى تكون فى نظير عوض •

ثم ان بعض هذه التصرفات قد يكون القصد منها هو العين ، كمن رهن داره لآخر لكن لما كانت تلك الدار منفعتها هى سكناها • فهذا يستلزم منا أن نتكلم عنها من ناحية من يجوز له الانتفاع بهذه الدار فى مدة الرهن • أهو الراهن أم المرتهن أم غيرهما ؟

وعلى ذلك فان كلامنا فى هذا الباب يكون فى عدة فصول :

الفصل الأول : اجارة السكنى •



الفصل الأول

اجـــــارة السـكنى

ويشتمل هذا الفصل على عدة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الأجارة ودليل مشروعيتها •
المبحث الثانى : شروط اجارة السكنى •
المبحث الثالث : آثار اجارة السكـنى •
المبحث الرابع : التصرف فى محل السكنى •
المبحث الخامس : خلو الرجل لاستئجار السكنى •

المبحث الأول

تعريف الاجارة ودليل مشروعيتها

فهذا المبحث يشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الاجارة •
المطلب الثانى : دليل مشروعيتها •

المطلب الأول

تعريـــف الاجـــارة

أولا : تعريفها فى اللغة :

جاء فى لسان العرب : "الأجر الجزاء على العمل والجمع أجـــور • والاجارة من أجر يأجر وهو ما أعطيته من أجر فى عمل والأجر الثـــواب ••• وآجره الله ايجارا وآجر المملوك يأجره أجرا فهو مأجور وآجره يؤجره ايجـاره أو مؤاجره • وكل حسن من كلام العرب ••• وأجر المرأة مهرها • وفى التـنزيل

" يا أيها النبى انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن " (١)

والأجير المستأجر وجمعه أجراء والاسم منه الاجارة •

والأجرة الكراء تقول : أستأجرت الرجل فهو يأجره ثمانى حجج - أى يصير أجيرى - وآجرته الدار ، أكريتها ، والعامة تقول : "أجرته ، والأجرة والأجارة ما أعطيت من أجر " (٢)

فالاجارة اسم للأجرة وهى ما أعطى من كراء الأجير •

" والأجر : ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال : آجرك الله وأعظم الله أجرك • وفى الأساس : آجرنى داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ وقبيح • قال وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل" (٣) قال ابن الطورى : "ولو قيل الايجار لكان أولى لأن الذى يعرف هو الأيجار الذى هو بيع المنافع لا الأجارة التى هى الأجرة " (٤).

ثانيا : تعريفها فى اصطلاح الفقهاء :

عرفت فى مذهب الأحناف بأنها : "بيع منفعة معلومة بأجرة معلومة " (٥) وعرفت عندهم - أيضا بأنها : "عقد على المنافع بعوض " (٦) والفرق بين التعريفين : أن التعريف الأول عبر بلفظ (بيع)

---

(١) من آية ٥٠ فى سورة الأحزاب •
(٢) لسان العرب مادة : أجر •
(٣) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٠٥ •
(٤) تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن على الطورى ج ٨ ص ٢ •
(٥) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٢ •
(٦) العناية على الهداية ج ٧ ص ١٤٥ •

والتعريف الثانى عبر بلفظ عقد والتعبير بالعقد أوفق لأنه تعريف بالحقيقة اذ أن التعبير بالعقد يدل دلالة واضحة على الايجاب والقبول الذى يفيد معنى الارتباط هذا أولا (١) .

وثانيا التعريف الأول قيد المنافع بالمعلومية بخلاف الثانى الذى أطلق لفظ المنافع وذلك بقصد أن يشتمل التعريف على الاجارة الفاسدة (٢) .

ويظهر من التعريفين أن المنافع هى المقصود الأساسى من عقد الايجار .

وعرفها بعض السادة المالكية : بأنها " بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعض يتبعض بتبعيضها "(٣)

وصوب البعض من المالكية التعبير " بالعقد " عن التعبير " بالبيع وقال : "لأن الاجارة ليست بيعا لا بالمعنى الأعم ولا بالمعنى الأخص" (٤)

وبهذا يكون هناك اتجاه للمالكية يوافق اتجاه الأحناف فى تعريف الأجارة .

وظهر من تعريف المالكية أنهم يفرقون بين العقد على منافع الأشياء الثابتة فى مكانها والتى لا تقبل التحول والنقل عن مكانها كالعمارات والأرض . وبين العقد على منافع الأشياء التى تقبل فسموا العقد على ما لا

---

(١) تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٠٥ . والمراد بالعقد هنا عقد التمليك بارادة الشهرة وذلك حتى لا تشمل عقد النكاح .
(٢) العناية على الهداية ج ٧ ص ١٤٥
(٣) مواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٣٨٩
(٤) حاشية الشيخ على العدوى هامش ٧ ص ٢ من الخرشى على المختصر الجليل

يمكن نقله ، كراء والعقد على منافع الأشياء التى تقبل النقل اجارة •

ويدخل فى القسم الأول كراء الرواحل والسفن ووسائل النقل [١] والحقوا فى القسم الثانى نوافع الآدمى •

ولو أننا تأملنا فى ذلك لوجدنا أن هذا محض اصطلاح لا يترتب عليه نتائج عملية •

تعريف الاجارة عند الشافعية والحنابلة :

ـ عرفها الشافعية بقولهم : " الأجارة عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والأباحة بعوض معلوم " [٢] •

ويبدو من هذا التعريف أن السادة الشافعية قد اهتموا بشروط المنفعة فبرزوها فيه وفصلوها ، وذلك لأن المنفعة هى المقصود الأساسى من العقد • فلا بد أن يشتمل التعريف على تفصيل شروطها •

---

(١) انظر الخرشى على المختصر الجليل ج ٧ ص ٢ • قال : وقوله (أى ابن عرفة فى التعريف) بعوض : جزء من اجزائها (أى الاجارة) • ثم وصفه بأنه غير ناشىء عنها ليخرج القراض والمساقاة • والضمير فى بعض عائد على العوض وفى تبعيضها على المنفعة وانما زاد لفظة (بعضه) ليدخل فى الحد قوله تعالى : " انى أريد أن انكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج (من آية ٢٧ فى سورة القصص) لأن هذه الصورة أجمعوا على أنها اجارة عوضها البضع وهو لا يتبعض فلو أسقط لفظة (بعضه) لخرجت هذه الصورة من الحد فيكون غير منعكس وهى اجارة شرعية •

(٢) الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ٨٣ ، ٨٤ • طبع مطبعة دار احياء الكتب العربية •

ـ وقال السادة الحنابلة : الاجارة " عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة فى الذمة مدة معلومة أو عمل معلوم بعوض معلوم " (١)

وهذا التعريف أيضا قد اهتم اهتماما كبيرا بشروط المنفعة وبيان أقسام عقد الاجارة فهى قد تكون اجارة أشياء أو اجارة أعمال .

ولو تأملنا ما سبق من التعاريف للاجارة لوجدناها قد عبرت عن تعريف الاجارة مرة بالعقد ومرة بالبيع . وأنها كلها قد اتفقت على أن هذا العقد وارد على المنافع بلا استثناء وأن المنافع تكون فى مقابل هو العوض (الأجرة) . ثم ان هذه التعاريف بعضها اهتم بذكر شروط المنفعة وبعضها اهتم بذكر أقسامها وبعضها نحا نحو الايجاز والاقتصار على الأركان فقط دون التفصيل (٢).

أما من أرجحها فى نظرى : فهو تعريف الشافعية ، لأنه اهتم أساسا ببيان شروط المنفعة على وجه مفصل باعتبارها المقصود الأساسى من عقد الاجارة . والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) الروض المربع جـ ٢ ص ٢١٤ .

(٢) التعريف الذى اهتم بذكر الشروط : هو تعريف الشافعية ، والذى اهتم بذكر الأقسام هو تعريف الحنابلة والذى اقتصر على الأركان هو تعريف الحنفية .

المطلب الثاني

دليل مشـــروعيتها

أجاز عامة العلماء عقد الاجارة . ودليلهم لما ذهبوا اليه الكتاب والسنة والاجمـــاع .

أما الكتاب : فقوله تعالى — في قصة أبي الامرأتين (١) مع سيدنا موســـى (عليه السلام) حينما عرض أبوهما الزواج عليه من احداهما :
"اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرنـــي ثماني حجج " (٢)

أي على أن تكون أجيرا لي أو على أن تجعل عوضا مـــن انكاحي اياك رعي غنمي ثماني حجج ، ... وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يعتبر شريعة لنا مبتدأة ويلزمنا على أنه شريعتنا لا شريعة من قبلنا " (٣).

---

(١) اختلف في أبي الامرأتين : فقال جماعة : انه شعيب (عليه السـلام) ، وقال جماعة آخرون انه ليس بشعيب . وهؤلاء اختلفوا في اسمه . فذهب بعضهم الى أنه أثرون وذهب البعض الى انه هرون وذهب آخرون الـى أن اسمه رعاويل وذهب غيرهم الى أنه يثرب ، وقيل يثرون . انظر فـي ذلك روح المعاني في تفسير القرآن العظيم ج ٢٠ ص ٥٣ .

(٢) من آية ٢٧ في سورة القصص .

(٣) شرح نور الأنـوار على المنار للشيخ حافظ شيخ أحمد المعروف بمـــلا جيون بن أبي سـعيد بن عبيد الله الحنفي الصديقي الميهـــوى صاحب الشمس البازغة المتوفى سـنة ١١٣٠ هـ ج ٢ ص ٩٨ . طبـع المطبعـة الكبرى الأميريـة ببولاق مصر المحمية سـنة ١٣١٦ هـ .

وقوله تعالى : " فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " (١)

وهذا نص فى جواز الاجارة •

وأما السنة : (١) فما روى عن أبى سعيد الخدرى (رضى الله عنه) قال : نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره (٢).

وهذا منه (صلى الله عليه وسلم) - كما قال الكاسانى - (٣) تعليم شرط جواز الأجارة وهو اعلام الاجر فيدل على الجواز •

(٢) وروى عنه - أيضا - أنه (صلى الله عليه وسلم) قال : " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامه : رجل أعطى بى ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره " (٤)

(٣) وما روى عن عائشة (رضى الله عنها) فى حديث الهجرة قالت : واستأجر النبى (صلى الله عليه وسلم) وأبو بكر رجلا من بنى الديل (٥) ثم من بنى عبد بن عدى هاديا

---

(١) من آية ٢٣٣ من سورة البقرة •

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٣٢٩ •

(٣) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٥٥٥ •

(٤) صحيح البخارى جـ ٤ ص ١١٣ • طبع مطابع الاهرام التجارية سنة ١٣٩٠ هـ سنة ١٩٧٠ م •

(٥) الديل بالكسر حى بن عبد القيس ذكره صاحب القاموس فى مادة دأل •

خريتا (والخريت الماهر بالهداية) قد غمس يمين حلف فى آل العاصى بن وائل وهو على دين كفار قريش فأمناه فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال ، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث ، فأرتحلا ، وانطلق معهما عامر بن فهيرة ، والدليل الديلى فأخذ بهم وهو طريق الساحل (١) . فمفاد هذا الحديث وقوع الاجارة من النبى (صلى الله عليه وسلم) التى هى عقد على المنافع بعوض والوقوع دليل الجواز .

وأما الاجماع : فان الأمة أجمعت على جواز الأجارة حيث أن الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم الى يومنا هذا يعقدون عقد الأجارة من غير تكير (٢)

وقال أبو بكر الأصم : انها لا تجوز وشبهته فى منع ذلك : أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الأعيان المحسوسة والمنافع فى الاجارات فى وقت العقد معدومة . فكان ذلك عذرا ومن بيع ما لم يخلق وأجيب عن ذلك بأن المنافع وان كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب . والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

---

(١) صحيح البخارى ج ٤ ص١٠٨ ، ١٠٩ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥٥٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص٢٣٨ .

ولو قيل كيف قام الاجماع على جواز الاجارة وقد رأينـــا مخالفة الأصم في جوازها ؟

فالجواب بأن الاجماع موجود قبل وجود الأصم ومن بعـده وخلاف الأصم لا يعبأ به لأنه خلاف ما أجمعت عليه الأمة ·

المبحث الثاني

شروط اجارة السكنى

من المعروف أنه لا يوجد في باب الاجارة شروط خاصة باجارة السكنى · وانما الموجود هو شروط جواز الاجارة بوجه عام سواء أكانت متعلقـــة بالأماكن أم غيرها · وقد استخلصنا من هذه الشروط ما يتعلق منها بأجارة الأماكن للسكنى ·

أما ما يتعلق بغيرها فلسنا بصدد الحديث عنه ، لأن مجال بحثـه ليس هذا الموضوع ·

ويشمل هذا المبحث على عدة مطالب :

المطلب الأول : بيان محل السكنى ·
المطلب الثاني : مدتهـــا ·
المطلب الثالث : أن يكون استيفاؤها مقدورا ·
المطلب الرابع : أن تكون مملوكة للمؤجر ·
المطلب الخامس : العلم بالأجرة ·

المطلب الأول

بيان محل السكنى

لما كانت الأجارة لا ترد الا على المنافع ، فهى محل العقد ، أى المعقود عليه [١] . الا ان المنافع تختلف باختلاف محلها الذى تستوفى منه تلك المنافع ، لأن المنافع فى عقد الاجارة اما منافع الآدميين كالصناع ، واما منافع غير آدميين كمنافع الدور [٢] .

وسوف نتكلم هنا فى منافع القسم الثانى . وعن منافع الدور فقط . وذلك ببيانها لأن الدور هى محل السكنى .

وبيان محل السكنى عنصر من عناصر العلم بالمنفعة الذى هو شرط من شروط صحة الاجارة وبيان هذا المحل يكون ببيان العين التى وقعت الاجارة على منفعتها كما فى استئجار هذه الدار للسكنى . فلو قال أجرتك احدى هاتين الدارين أو الشقتين للسكنى لم يصح العقد لأن المعقود عليه مجهول ، لجهالة محله جهالة مفضية الى النزاع [٣].

أما بيان من يسكنها فلا يلزم لصحتها فهى تصح وان لم يذكر فى العقد . كذلك لا يلزم بيان ما سيعمل فيها ، لأن بيان العرف كاف فى ذلك . ولأن منافع السكنى غير متفاوتة والتفاوت فيها متسامح فيه عرفا .

---

(١) وهذا مذهب أكثر العلماء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة المشهورة . انظر حاشية المقنع جـ ٢ ص ١٩٥ .

(٢) هذا التقسيم هو ما أشار اليه المالكية اذ أنهم قسموا المنافع الى منافع الأشخاص والى منافع الأعيان . أنظر فى ذلك الخرشى جـ ٧ ص ٢٣ .

ولهذا يقول الكاسانى : " ولم يشترط بيان ما يعمل فيه لأن الاجارة شرعت للانتفاع والدور ، والمنازل ، والبيوت ، ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة ، لأن الناس لا يتفاوتون فى السكنى فكانت معلومة من غير تسمية . وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان ، وقلتهم الا تفاوتا يسيرا ، وأنه ملحق بالعدم ". ولذا كان له أن يسكن بنفسه وأن يسكن غيره (على تفصيل فى ذلك سوف يأتى فى محله) .

ومما يتصل بموضوع بيان محل السكنى ، اجارة المشاع هل يجوز أم لا ؟ ذلك أن الجزء المستأجر شائع فى المحل (العين المسماة) . فيكون غير معلوم . ولهذا قال الأمام أبو حنيفة : "ان اجارة المشاع غير جائزة ولو كان المستأجر مبين القدر كنصف أو ربع أو غير ذلك . والى قول ، أبى حنيفة . ذهب الأباضية ، ووجهتهم انتفاء الانتفاع بها وحدها مع الشيوع ، لأن كل جزء من أجزائها مشترك ، فهو مجهول لجهالة محله اذ الشائع اسم لجزء من الكل غير محدود كالثلث وهو غير معين . وقال صاحبا الامام أبى حنيفة : يجوز تأجير الحصة الشائعة فى جميع الأحوال وهذا القول هو قول الشافعية والزيدية ، والأمامية ، والظاهرية ، ووجهتهم بأن الاجارة كالبيع لأن كلا منهما فيه معاوضة وبيع المشاع يجوز فكذا تأجيره للشريك أو لغيره .

وهذا اذا كانت الأجارة لشريك آخر أى أجر جزء من الحصة أو لأجنبى . أما اذا كانت اجارة الجزء المشاع للشريك فى العين المشتركة فالاجارة صحيحة عند الجميع (١) .

---

(١) البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ٢٥٨٨ . وجاء فى البدائع "ان اجارة المشاع انما لا تجوز عند أبى حنيفة اذا أجر الرجل بعض ملكه ، فأما =

المطلب الثاني

المدة (١)

من الشروط الواجب توافرها لصحة اجارة السكنى المدة • ذلك أن المدة تلعب دورا هاما فى عقد الأجارة لأنه لا يمكن قياس المنفعة الا بالزمن وهذا اذا كانت المنفعة المعقود عليها قابلة للاستمرار والبقاء ، كما هو فى بحثنا •

فبيان المدة حينئذ ضرورى لأن ذكر اسم المعقود عليه غير كاف للعلم بها علما لا يؤدى الى النزاع اذ أنها فى هذه الحال تكون غير معينة المقدار • أما ذكر المدة فيكون معيارا لما وقع عليه العقد والمنفعة اذا أغفل ذكرها فسد العقد •

= اذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف ، لأن الصورة الأولى تقع المهايأة فيها بين المستأجر وبين المؤجر فتكون الدار فى يد المستأجر مدة ، وفى يد المؤجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤجر الأجر مع كون الدار فى يده •

والمهايأة فى الصورة الثانية انما تقع بين المستأجر وبين غير المؤجر ، وهذا لا يمنع استحقاق الأجر لجواز أن تكون الدار فى يد غير المستأجر وأجرتها عليه كما لو أعارها ثم أجرها "أ •هـ• منه •

(١) انظر فى ذلك • المبسوط للسرخسى ج ١٥ ص ١٣١ ، ١٣٢ (فقه حنفى) ، المدونة الكبرى ج ١١ ص ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٦١ ، التاج والأكليل هامش ج ٥ ص ٤٤٠ من مواهب الجليل للحطاب (فقه مالكى)، مختصر المزنى ص ١٢٦ هامش المجلد الرابع من كتاب الأم ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٠٤ (فقه شافعى) المقنع مع حاشيته ج ٢ ص ١٩٩ ، ٢٠٥ (فقه حنبلى) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار ج ٣ ص ٢٥٥ وما بعدها (فقه زيدى) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٢٣ ، ص ٢٤٥ ـ ٢٤٧ (فقه امامى) شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٤٦ (فقه أباضى) •

والمدة فى هذه الأحوال اما أن تذكر منكرة كسنة ، وشهر ، ويوم ، أو محددة كسنة كذا ، أو شهر كذا (١)

فان ذكرت منكرة ابتدأت الاجارة من وقت العقد اذا لم ينص فى العقد على وقت لابتدائها ولم يكن فى العقد خيار شرط ٠

فان عينا فى العقد وقتا لبدايتها ، كان هذا الوقت هو الذى يجب ابتداء العقد منه فمن استأجر شقة على أن يبدأ السكن فيها من شهر يوليو سنة ١٩٧٩ ابتدأت منه الاجارة ٠ وان كان فى العقد خيار شرط ابتدأت الاجارة من وقت سقوط الخيار ٠

وان ذكرت المدة محددة معينة تقيدت الاجارة بها ٠ وانتهت بانتهائها ٠ وهذا هو ما يسمى كراء الوجيبة ٠ والعقد فى هذه الحال يكون لازما ٠ حدث تعجيل للأجرة أم لم يحدث ما لم يشترط أحدهما الفسخ لنفسه ، ولم يكن نقد الأجرة ٠

الكراء مشاهرة :

لو اكترى الدار على أن يدفع كل شهر عشرين جنيها ولم يعين مدة تنتهى بانتهائها الاجارة فهذا هو كراء الدار مشاهرة ٠

فاذا انعقدت الاجارة على هذا فتقع عندئذ على الشهر الأول التالى للعقد فاذا انتهى كان لكل من العاقدين فسخها قبل مضى اليوم الأول من

---

(١) واشترط الحنابلة فى ذلك أن تكون المدة معينة الزمن كشهر كذا ٠ أو معينة البداية كشهر ، ابتداء من يوم كذا ٠ فلو استأجر الدار بلا تعيين لم يصح العقد (انظر كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠) ٠

الشهر التالى • أى أن كلا من المتعاقدين يجوز له أن يفسخ العقد متى شاء [1] اذا مضى الشهر الأول التالى للعقد ، اذا لم يكن المؤجر قد نقد فى ذلك كراء شهر ، أو شهرين ، أو اكثر فلو نقد لزمه تمام ما نقده • ومدة الاجارة ليس لها حد عند جمهور الفقهاء فقصرها وطولها سواء من حيث الجواز ، فكما تصح الأجارة فى يوم تصح فى السنين الطويلة [2] بشرط أن يكون أقل مدة تصح فيها الأجارة له أجر عرفا • فما ليس له أجر لقصره كاستئجار شقة دقيقة زمنية ، فلا تصح معه الاجارة •

وأختلف أصحاب الشافعى فى ذلك : فيرى بعضهم صحة العقد فى بعض اليوم المعلوم ، وقيل لا تصح فى أقل من يوم ، وقيل ثلاثة أيام • وعن أكثرها قال الأمام الشافعى (رضى الله عنه) ثلاثين سنة [3] • وذهب

---

(١) وأختلف فى ذلك عند المالكية على ثلاثة أقوال : احداها ما ذكر الى قوله متى شاء بدون شرط فملخص المسئلة عند المالكية : الأول : لا يلزم الكراء فى الشهر الاول ولا فيما بعده وللمكترى ان يخرج متى شاء ويلزمه من الكراء بحساب ما سكن • والثانى : يلزمهما المحقق الأقل كالشهر الأول لا ما بعده • الثالث : يلزم الشهر ان سكن بعضه وبهذا القول الاخير جرى العمل عند المالكية • انظر الضوء الشرح الصغير ج ٢ ص ٢١٣ • وثانيها يلزم العقد فى الشهر الأول فقط • ولكل من العاقدين الفسخ فيما بعد • وثالثهما : لزوم العقد فى أى شهر سكن فى بعضه فلا يكون لأحدهما أن يفسخها بالنسبة لهذا الشهر ولزم المكترى جميع أجرة هذا الشهر وان لم يشغل المسكن فى باقيه • أنظر الدسوقى على الشرح الكبير للأمام الدردير ج ٤ ص ٤٢

(٢) واستثنى الحنفية من ذلك اجارة الأعيان الموقوفة فقالوا لا يجوز أن تزيد مدة الاجارة فيها على ثلاث سنين وكذا مال اليتيم وبيت المال •
انظر رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٦ مع الشرح المذكور •

(٣) وجمهور الفقهاء على أن عقد الأجارة يصح الى المدة التى تبقى فيها العين وان طالت •

ابن حزم الى أن المدة يجب أن يمكن بقاء المؤجر والمستأجر والشـــــئ المستأجر اليها فان كان لا يمكن بقاء أحدهم اليها لم يجز العقد وكـــان مفسوخا أبدا • ولنا فى ذلك نظر : لأنه ان أمكن معرفة بقاء الشئ اليهـا فلا يمكن معرفة ذلك بالنسبة للمؤجر والمستأجر لأن الاعمار بيد الله سبحانـه وتعالى •

ووجب بيان بدايتها فان لم يذكر لها بداية ابتدأت من وقت العقـد • وعند بيان بدايتها فان العقد يبتدئ من ذلك الوقت • وهذا قـــول الجمهـور •

ويرى الشافعية وبعض الأباضية وجوب ابتداء الوقت فى الأجارة من وقـت العقد دائما وعدم صحة اضافتها •

وتحتسب الأشهر بالأهلة ان كان عقد الأجارة فى غرة الشهر • فان وقع فى اثناء الشهر أحتسب ثلاثين يوما بالأجماع •

وهذا اذا لم يقض العرف بخلاف ذلـــك • كما اذا قضـى العـــرف بارادة الأشهـــر الشمسيـة لا القمريـة فيعتمد ما قضى به العرف •

المطلب الثالث

أن يكون استيفاء المنفعة مقدورا [(١)]

وهذا شرط من شروط صحة عقد الاجارة وهو أن تكون المنفعة (السكنى) مقدورة التسليم وذلك بالقدرة على تسليم محلها — وهو العين المستأجرة :

وعلى ذلك لا تصح اجارة دار مرهونة لتعلق حق غير العاقدين بهـا وامساكها عنده لحقه ، وهذا اذا لم تكن مضافة الى ما بعد انتهاء حـق المرتهن •

كما لا يجوز استئجار دار للسكنى وهى بعيدة بحيث لا يتيسر الوصول اليها للسكنى بها • واذا تمكن المستأجر من الانتفاع وجبت الأجرة عليه ولو لم ينتفع بالفعل فاذا قبض المستأجر الدار أو الشقة فعليه الأجرة وان لـم يسكن بالفعل •

واشترط لذلك ثلاثة شروط :

١ — أن يكون المستأجر متمكنا بالفعل • فان منعه المالك أو الأجنبى عنها أو سلمه الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الأجرة •

---

(١) انظر فى ذلك الدر المختار هامش ج ٥ ص ٩ من رد المحتار عليـه (فقه حنفى) الشـرح الكبير هامش ج ٤ ص ١٨ من حاشية الدسوقـى عليه (فقه مالكـى) • نهاية المحتـاج ج ٥ ص ٢٦٨ وما بعدهـا طبعة الحلبى (فقه شافعى) كشاف القنـاع ج ٢ ص ١٩٤ (فقـه حنبلى) المحلى ج ٩ ص ٣٤ ، ٣٥ • (فقه ظاهرى) شرح الأزهـار ج ٣ ص ٢٥٠ (فقـه زيدى) تحرير الأحكام ج ١ ص ٢٤٨ (فقـه امامـى) •

٢ ــ أن تكون الاجارة صحيحة • فان كانت الاجارة فاسدة لم تلزم الأجـــرة الا بالانتفاع الفعلى •

٣ ــ أن يكون متمكنا من السكنى فى المدة المتفق عليها ، فلو مكنه من الدار بعد مضى المدة المتفق عليها ولم يسكن لم يلزم الأجرة لأنه انما تمكـــن بعد مضى المدة •

وكما لا يكون على المستأجر أجرة اذا لم يمكنه المؤجر من السكنى للدار ، لا يكون عليه أجرة اذا اغتصبت الدار من يده اذا لم يكن ذلك عنـــن تهـــاون منه • فان كان يمكن للمستأجر رد الغاصب بمساعدة السلطات وتهاون فـــى ذلك حتى تمكن الغاصب من الاستيلاء على العين فعليه الأجرة للمؤجر (١)

وشرط القدرة على الاستيفاء يستلزم أن تكون العين المستأجرة سليمـــة من العيوب حتى تنتهى مدة الايجار بحيث يكون المستأجر متمكنا بصفة مستمرة من استيفاء ما أستحق عليها من منفعة بعقد الاجارة فان حدث بها عيب (٢)

فهذا العيب له أحوال ثلاثة لكل حالة حكم خاص بها • لأن العيـــب الذى يحدث فى العين اما أن يفوت به النفع كلية كهدم الدار واما أن يخـــل

---

(١) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ج ٢ ص ١١٠

(٢) انظر فى حالات العيب وأقوال الفقهاء : رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٥ (فقه حنفى) الخرشى على المختصر الجليـــل ج ٧ ص ٥١ ، التاج والاكليل ج ٥ ص ٤٤٤ (فقه مالكى) نهايـــة المحتاج ج ٤ ص ٢٣٢ (فقه شافعى) المقنع ج ٢ ص ٢١٣ (فقـــه حنبلى) • وعلى هذا لو كان العيب الذى فى العين قديما وكان يعلـم به المستأجر فلا يجوز له أن يفسخ العقد •

العيب بالمنفعة بحيث يظهر من هذا الخلل تفاوت الأجرة كانهدام بعض بناء الدار .

وأما أن يحدث العيب لكنه لا يؤثر فى المنفعة المقصودة من العين ولا يخل بها كسقوط حائط لا يؤثر فى السكنى .

ففى الحالة الأولى : وهى حالة ما اذا كان العيب يفوت به النفع كلية : يرى السادة الحنفية ، والمالكية ، وبعض الحنابلة : أن للمكترى خيار فسخ العقد وتسقط عنه الأجرة ولا يتوقف فسخ العقد على حضور المالك بل له ذلك ولو فى غيبته .

ويرى السادة الشافعية وبقية الحنابلة . أن هذا العيب موجب للفسخ ، لأن المنفعة المعقود عليها قد فاتت وبالتالى فان العقد ينفسخ .

وفى الحالة الثانية : وهى حالة ما اذا كان العيب يخل بالمنفعة ويؤثر فى الأجرة فان السادة الحنفية والشافعية والحنابلة يرون أن للمكترى الخيار بين فسخ العقد وامضائه مجانا سواء أكان الخلل يسيرا أم كثيرا . فاذا فسخ المستأجر العقد سقط عنه الأجرة . ويشترط أن يكون الفسخ بحضور المالك فلا يتم الا بحضورة . ويرى المالكية أن الحكم السابق انما يكون عند حدوث عيب يخل بالمنفعة ويؤثر فى الأجرة تأثيرا كبيرا — أى يبطل الكثير من المنافع .

فان كان العيب يعطل اليسير من المنافع فان المكترى ملزم بالسكنى ويحط عنه من الكراء ما ينوب المنهدم .

وفى الحالة الثالثة : وهى حالة ما اذا كان العيب الذى حدث لا

يؤثر فى المنفعة المقصودة من الدار ولا يخل بها فلا خيار للمستأجر فى فسخ العيب • فيمضى العقد بينهما لأن العيب لا أثر له فى المنفعة •

وهذا الذى ذكرناه من أقوال الفقهاء فى فسخ الأجارة أو عدم فسخها انما يكون اذا لم يبادر المؤجر بالاصلاح • فان بادر باصلاح العيب ، فلا خلاف بين الفقهاء فى أن العقد ملزم للمستأجر فى المدة الباقية لكن يلزم أن يكون هذا الاصلاح الملزم للمكترى قبل خروجه من الدار • فان خرج فانه لا يجبر على الرجوع •

ومما يتصل بهذه المسألة : مسألة جبر المؤجر على اصلاح الدار وترميمها (١) • وهذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء •

فيرى الجمهور : المالكية ، والحنفية ، والشافعية وبعض الحنابلة أن المكترى لا يجبر على اصلاح الدار التى حدث بها عيب سواء أكان العيب يضر بالساكن أم لا • يمكن معه السكنى أم لا •

وذهب بعض الحنابلة الى أن المكرى يجبر على اصلاح الدار • ويرى هذا الرأى بعض المالكية لكن أن كان العيب يسيرا (٢).

---

(١) أنظر فى ذلك : الدر المختار هامش ج ٥ ص ٦٧ من حاشية رد المحتار عليه ، التاج والاكليل هامش ج ٥ ص ٤٤٤ من مواهب الجليل للحطاب ، حاشية الرشيد ج ٢ ص ٢٠ ، المقنع مع حاشيته ج ٢ ص ٢١٥ •

(٢) ذكر ابن جزى أن ابن القاسم يقول : بعدم جبر المكرى على اصلاح العين التى حدث فيها العيب • وغير ابن القاسم يقول : يجبر على اصلاح العيب والذى يظهر من ذلك أن هناك خلافا فى مذهب المالكية والصحيح أن الخلاف انما هو فى العيب اليسير • أما العيب غير اليسير

=

المطلب الرابع

أن تكون مملوكة للمؤجر

وهذا الشرط انما يلزم لنفاذ اجارة السكنى وهو متفق عليه بين المذاهب الفقهية التى نحن بصدد بيان الحكم فيها — غالبا —

وأساس الاتفاق على هذا الشرط أن عقد الاجارة يفيد تمليك المنفعة ولا يملك الا ما كان مملوكا ولذلك وجب أن يكون المؤجر مالكا للمنفعة حتى يمكنه أن يملكها للمستأجر وعلى هذا فمن كان مستعيرا لدار يسكنها فليس له أن يؤجرها عند من قال ان العارية لا تفيد تمليك المنفعة •

وله اجارتها لغيره عند من قال ان العارية تمليك المنافع مؤقتا •

لأنه — أى المستعير — عندما يعقد عقدا جارة يكون مالكا للمنفعة بناء على هذا الرأى [1] • فهذا الشرط يترتب عليه أن كل من لا يملك المنفعة لا يملك تأجيرها وكل من يملك المنفعة يملك تأجيرها •

= فلا خلاف عند المالكية فيه • وحكمة عندهم أن المكرى لا يلزم بالاصلاح • انظر قوانين الاحكام الشرعية ص ٢٩١ والتاج والاكليل هامش ج ٥ ص ٤٤٤ من مواهب الجليل للحطاب •

(١) القائلون بأن العارية لا تفيد تمليك المنافع وانما تفيد اباحة المنافع أو الانتفاع : هم الشافعية والحنابلة والظاهرية • والذين قالوا ان العارية تفيد تمليك المنافع مؤقتا هم : الحنفية والمالكية ولكل رأى وجهته فليرجع اليها من يشاء • انظر نهاية المحتاج ج ٥ ص ١١٥ حاشية الشبراوى ص ١١٦ • المغنى ج ٥ ص ٢٠٣ • كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٠ ، المحلى ج ١٠ ص ١٦٠ •
والمبسوط ج ١١ ص ١٣٣ تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٠٠ ، الخرشى ج ٤ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ •

المطلب الخامس

العلـــم بالأجـــرة (١)

الأجرة أو الأجر في الأجارة هو بدل المنفعة التي وقع العقد عليها في اجارة السكني – أو غيرها – فهو كالثمن في البيع اذ كلاهما عقـــد معاوضة • ولذا كان كل ما يصلح ثمنا في البيع (٢) يصلح أجرة في الاجارة وما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح أجرة في الاجارة • ولكن ليس كل ما يصلح أجرة يصلح ثمنا • فالمنفعة تصلح أجرة في الجملة : لأن الأحناف يرون أن ذلك عند اختلاف المنفعتين المتقابلتين • ويرى الجمهور أنها تصلـــح أجرة ، ولو لم تختلف المنفعتان • هذا من كونها أجرة • أما عن كونهـــا ثمنا ففيه خلاف : أساسه ما تقدم من الخلاف في مالية المنافع فمن رأى أنهـــا ما لا يرى أنها تصلح أن تكون ثمنا (٣) • ومن رأى أنها غير مال قـــال : لا تصلح أن تكون ثمنا •

---

(١) المبسوط ج ١٥ ص ١٣٦ ، ١٤٠ ، ١٤٦ ، ١٥٠ (فقه حنفي) •
المدونة الكبرى ج ١١ ص ١٥٣ ، ١٦١ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٤٤٠ ، (فقه مالكي) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٩٣ (فقـــه شافعي) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨٩ (فقه حنبلي) ، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧ مسألة ١٣٠٠ ، ص ٣٢ مسألة ١٣٢٠ ص ٢٨ مسألـــة ١٢١٥ (فقه ظاهري) •
شرح الأزهار ج ٣ ص ٢٥٥ وما بعدها ، ص ٢٨٧ وما بعدهـــا (فقه زيدي) • تحرير الاحكام ج ٢ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ (فقه أمامـــي) ، شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٤٥ ، ٤٧ ، ص ٦٣ ومابعدهـــا (فقه أباضي) •

(٢) يشترط في الثمن أن يكون : مالا ، معلوما ، متقوما ، منتفعا بـــه مقدورا على تسليمه •

(٣) لكن المالكية يرون عدم جريان البيع في المنافع لاختصاصه بالأعيان ، مع =

فالعلم بالأجرة يستلزم كونها مسماة ، معروفة ذاتا ، وأجلا ومقابلة للسكنى فعلا • ويعتبر العلم بها مضبوطا بالكيل أو الوزن أو العدد • فاذا لم تسم الأجرة أى بأن كانت غير معلومة فان الأجارة تكون فاسدة للجهالة • فمن استأجر دارا بعمارتها أو شقة بتشطيبها فان الأجارة تكون فاسدة لجهالة الأجرة فى هذا العقد اذ لا يعلم مقدار ما ينفق على عمارتها •

ويجب تعجيل الأجرة المعينة بعينها كثوب بعينه فلا يؤخر لاكثر من ثلاثة أيام والا فسد العقد ويلزم لصحة العقد عند تعيين الأجر أن يشترط تعجيله أو تكون هناك عادة بتعجيله فان لم يشترط تعجيله ولم تكن هناك عادة بذلك فسد العقد ولو عجل الأجر بالفعل (١).

وتفسد الاجارة - أيضا - اذا انضم الى الأجرة المعلومة شىء مجهول • كما لو أجره الدار بأجر معلوم كعشرة جنيهات فى كل شهر وشرط عليه المؤجر تجميعها أو اصلاح شىء من أبوابها أو نحو ذلك • فهذا مفسد للأجارة لأن الشرط صار جزء من الأجرة وقيمته مجهولة فكان الأجر مجهولا •

= أن المالكية يقولون : ان المنافع أموال • انظر : حاشية الشيخ على العدوى على شرح الامام أبى الحسن جـ ٢ ص ١١٥ • طبع المطبعة العامرة سنة ١٢٨٨ هـ •

(١) الصاوى على الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٢٩ • ولا يشترط السادة الشافعية قبضها فى الحال كما هو مذكور لأنهم يجيزون تأجيلها لكنها تملك فى الحال أى بنفس العقد • واستقر الملك على الأجرة بتمام استيفاء المنفعة •
أنظر تحفة المحتاج جـ ٦ ص ١٢٦ من حاشيتى الشروانى وابن قاسم العبادى عليها •

فشرط الأجرة أن تكون معلومة علما يرفع الجهالة التي تفضي الى النزاع كأن يشار اليها أو توصف وصفا يميزها عن غيرها كما في الثمن •

أما اذا كانت الأجرة منفعة كسكنى دار بسكنى دار أخرى فهذه المسألة فيها خلاف بين الفقهاء •

فيرى الأحناف عدم جواز ذلك لان عقد الاجارة إنما أجيز للحاجة فيجب أن يتم في نطاق هذه الحاجة • وعلى ذلك فمبادلة المنفعة بجنسها لا يحقق تلك الحاجة التي أجيز العقد من أجلها لأن المستأجر كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه •

ويرى جمهور الفقهاء : المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ،والظاهرية، والزيدية والامامية ، أنه يجوز اكتراء السكنى بالسكنى لانه لم يأت نص بالنهي عن ذلك •

وفي رأيي : أن الرأى الثاني — رأى جمهور الفقهاء — هو الأرجح وذلك لما يأتي :

١ — ان رأى الاحناف يقيد النصوص العامة الدالة على الجواز من كتاب وسنة •

٢ — ان الذى يكترى سكنى بسكنى دار له لابد أن يكون ذلك لحاجة في نفسه وهذه الحاجة لا ترتفع في نظره الا بمبادلة السكنى بالسكنى فقد يستأجر دار غيره بداره لبعده عن مكان عمله أو عن مكان عبادته أو قد يستأجر مسكنا في السفل بمسكن له في العلو لأنه مريض لا يقدر على الصعود وغير ذلك • فالحاجة اذن هي الباعثة على ذلك وطالما

أن الاجارة اجيزت للحاجة ولم تقيد الحاجة فيها بشئ معين فتجوز أجارة السكنى بالسكنى وخاصة اذا علمنا أن الانسان بطبيعته لا يسره أن يتمتع بملك الآخرين وعنده ما يساويه الا اذا كانت هناك حاجة لذلك • (والله أعلم) •

المبحث الثالث

آثار اجارة السكنى

ويشتمل على المطالب الآتية :

المطلب الأول : تسليم المنفعة •
المطلب الثانى : تسليم الأجرة •
المطلب الثالث : الانتفاع بالسكنى •

المطلب الأول

تسليم المنفعة (١)

ذكرنا فيما مضى أن الاجارة لا ترد الا على المنافع فهى محل العقد أو المعقود عليه فى عقد الاجارة • والمنافع عند التعاقد معدومة • ولهذا يرى البعض اقامة الأعيان مقام منافعها فى عقد الاجارة ، وأعتبر وجودها وجودا لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين المتعاقدين •

---

(١) انظر المبسوط جـ ١٥ ص ١٢٩ ، ١٣٠ ، البدائع جـ ٥ ص ٢٥٧٥ (فقه حنفى) المدونة الكبرى جـ ١١ ص ١٥٩ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٢٨٩ (فقه مالكى) • نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٩٦ ، ٢٠٤ ،
=

وتطبيقا لذلك فان الدار تقوم مقام السكنى لأن السكنى هى المنفعة والدار هى العين وبناء عليه فانه اذا وقع عقد اجارة على سكنى دار ، فان على المؤجر أن يسلم الدار للمستأجر وليس له أن يمتنع من تسليمها له ٠

ويكفى فى التسليم التخلية بين العين وبين المستأجر على وضع لا يوجد معه مانع يمنعه من تسليمها والانتفاع بها ٠ ويجب أن يتم ذلك أثر العقد اذا ما كانت الاجارة منجزة ولم يكن شرط بتعجيل الأجرة ٠ فان شرط التعجيل للأجرة ، فلا يحق ذلك التسليم الا بدفع الأجرة ٠

ويجب أن تكون الدار سليمة من العيوب التى تحول دون انتفاع المستأجر بها أو تؤدى الى نقصه نقصا يفوت به غرض المستأجر والا كانت الاجارة غير لازمة ٠ ويكون للمستأجر الخيار بسبب العيب ٠ وللمستأجر أن يسكن الدار وأن يسكنها من يشاء من عياله وأولاده ومن يحولهم من قريب أو أجنبى وله أن يأتى اليه فيها الزوار ٠

وليس على المستأجر أن يخبر مالك العين بشىء من ذلك (١)٠

وله أيضا : أن يعمل فيها كل عمل لا يوهن البناء ولا يفسده ٠ كوضع متاعه وثيابه وحيوانه وما أشبه ذلك ، لأن هذا من توابع السكنى وهى لا تتم الا به ٠ وهذا اذا كانت طبيعة المسكن لا تأباه ٠ وعليه فان طبيعة المسكن

= ٢٢٢ (فقه شافعى) ، كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨٤ ، ٢٩٤ (فقه حنبلى) ٠
شرح النيل وشفاء العليل ج ٥ ص ٨١ (فقه أباضى) ٠

(١) وقال الحنابلة أن كان زواره كثيرين فعليه أن يخبر المالك بهم ٠

هى التى تحدد ما يجوز للمستأجر ادخاله وما لا يجوز فاذا كان المسكن فى دار يوجد به مربط للحيوان كما هو موجود فى مساكن القرى فان هذا دليل على أن للمستأجر ادخال دابته وبعيره وشاته لأن بالدار مواضع محددة لذلك • واذا لم يكن فيه ما هو معد للحيوان كمساكن المدن فانه لا يجوز للمستأجر ادخال شىء فيها من ذلك الذى ذكرناه • ولهذا قال بعض العلماء " فأمر الدور على ما يعرف الناس فما كان منه ضرر على الدار منع المتكارى منه وما لم يكن فيه ضرر كان ذلك جائزا للمتكارى " (١)

ويمكن أن يقال هنا : هل يجوز للمالك أن يمنع المستأجر من ادخال بعض ما يجوز له ادخاله بالشرط ؟ كأن شرط عليه أن لا يسكن فيها غيره من أولاده أو من يعول وغير ذلك مما تقدم ••• نقول فى الاجابة على هذا السؤال إن السادة المالكية يرون أن الشرط لا يمنع المستأجر من أن يسكن أحدا مما تقدم الا أن يكون فى اسكانه ضرر على رب الدار •

ويرى الشافعية : أن العقد بهذا الشرط فاسد فهو كما لو شرط البائع على المشترى أن لا يبيع •

ويرى الظاهرية والأباضية أن العقد صحيح ويجب عليه الوفاء بالشرط •

ويرى السادة الأحناف (٢) أن الشرط ليس بشىء لانه غير مفيد • وقالوا ان كل ما كان الساكن فى الدار أكثر كان ذلك أعمر لها • وهم فى هذا يتفقون مع المالكية •

---

(١) المدونة الكبرى جـ ١١ ص ١٥٩ •
(٢) المبسوط جـ ١٥ ص ١٤٨ •

المطلب الثانى

تسليم الأجرة (١)

الأجرة هى بدل المنفعة • وكما ذكرنا من قبل — يجب أن تكون معلومة علما يرفع الجهالة التى تفضى الى النزاع والعلم بالأجرة يكون إما بالاشارة اليها • وإما بوصفها وصفا يميزها عن غيرها • هذا عن العلم بذاتها • وكذا يجب العلم بأجلها ، أى دفعها مؤجلة أو معجلة •

وعلى ذلك فان عقد الاجارة اما أن يكون متضمنا شرطا بتعجيل الأجرة أو تأجيلها واما أن يكون غير متضمن لشىء من ذلك (أى مطلقا عن الشرط) •

فان كان هناك شرط بتعجيل الأجرة ، أو بتأجيلها ، لزم هذا الشرط• ووجب تسليم الأجرة فى موعدها الذى تضمنه العقد (أى المتفق عليه) •

فاذا شرط تعجيلها فيجب على المكترى البدء بتسليمها الى المكرى • وللمكرى الامتناع عن تسليم المنفعة للمكترى اذا هو امتنع عن تسليم الأجرة لأن المكرى والمكترى لما شرطا تعجيل الأجرة لزم اعتبار شرطهما بقول النبى صلوات الله وسلامه عليه " المسلمون عند شروطهم "•

---

(١) البدائع ج ٦ ص ٢٦٢٩ ومابعدها (فقه حنفى) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٤٧ ، الصاوى على الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٣٠ مع الشرح المذكور طبع المطبعة العامرة ببولاق مصر سنة ١٢٩٢ هـ •
نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٩٣ وانظر حاشية الشيخ على الشبراملسى نفس الجزء والصفحة المذكورة •
شرح منتهى الارادات للبهوتى ج ٢ ص ٢٩٧ • المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٧ مسألة ١٢٩٩ •

وتملك المكرى الأجرة وجاز له أن يتصرف فيها بكل تصرف يملكه البائع فى الثمن • واذا شرطا المكرى والمكترى — تأجيل الأجرة صح الشرط •

ويلتزم المكرى بتسليم الدار للمكترى دون أن يكون له حق فى مطالبته بالأجرة قبل الوقت المتفق عليه لأن تسلم الأجرة فيه • أما اذا لم يكن العقد متضمنا لشرط يقضى بتعجيل الأجرة [1] أو بتأجيلها فان العقد يكون مطلقا • وفى هذه الحالة يجب تسليم الأجرة عند استحقاقها للمؤجر وأستحقاقها يكون بتملكها • لكن متى يتملكها المؤجر ؟ حتى يلتزم المستأجر بدفعها له • فى هذا خلاف بين الفقهاء : فيرى الحنفية ، والمالكية ، والظاهرية ، والأباضية ، أن الثمن انما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب

= شرح الأزهار جـ ٣ ص٢٨٧ ، ٢٨٨ (فقه زيدى) •
تحرير الأحكام جـ ٢ ص٢٣١ ، ٢٤٨ ، ٢٥٤ (فقه امامى) •
شرح النيل وشفاء العليل جـ ٥ ص١٠٣ (فقه أباضى) •

(١) أجازت الشريعة تعجيل الأجرة ولو لعشرين سنة ولا بأس فى ذلك • وللمكرى أن يأخذ هذا المبلغ عند ابرام العقد • وهذا الحكم لو تضمنه القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والخاص بايجار الاماكن لكان أفضل بكثير مما تضمنه هذا القانون فى المادة ٢٥ حيث جاء فيها : لا يجوز أن يزيد مقدار التأمين الذى يدفعه المستأجر على ما يعادل أجرة شهرين ••••

فهذا القانون سمى ما يدفعه المستأجر لمدة شهرين مقدماً ، تأميناً ولم يجز أن يكون مبلغ التأمين لاكثر من شهرين • وجعل القانون فى مخالفة هذا الحكم عقوبة نص عليها فى المادة ٧٦ — حيث جاء فيها " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام المواد ••••• ، ٢٥ من هذا القانون "• وسبب الأفضلية أن حكم الشريعة فيه حل لهذه الأزمة

=

ما يقبض من المنافع الا أن يكون هناك ما يوجب التقديم كأن يكون الثمن معينا كثوب بعينه .

ويرى الشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والأمامية : أن الثمن يجب بنفس العقد فهو يفيد ملك المنفعة المعقود عليها والأجر فى الحال بمجرد انعقاده . فالعقد يملك المؤجر — الدار للسكنى — الأجر فى الحال غير أنه لا يستحق الأجر الا بتمكين المستأجر من الانتفاع أو بانتفاعه فعلا .

ويتحقق التمكين بتسليم العين المستأجرة الى المستأجر .

المطلب الثالث

الانتفاع بالسكنى

جاء فى المغنى لابن قدامة "أن من استأجر عقارا للسكنى فله أن يسكنه وأن يسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه فى الضرر أو دونه . وأن يضع فيه ما جرت عادة الساكن بوضعه فيه مما لا يضر به . ولا يسكن ما يضربه كحداد وقصار ولا يجعله حظيرة للدواب ولا أن يرفع على سقفه شيئا ثقيلا وهكذا ... يجتنب كل ما يعده العرف مخالفة . والى هذا ذهب الشافعى وأصحاب الرأى .. ولا نعرف فيه خلافا واذا اكترى دارا جاز

= القائمة فى الاسكان لان فيه دفع مبلغ من الأجرة لمدة يتفق عليها بين المالك والمستأجر مساعدة من المستأجر للمالك فى البناء وفى الوقت نفسه لن يضار المستأجر من ذلك لأنه سوف يخصم ذلك من الأجرة المستحقة عليه .

فيها اطلاق العقد دون حاجة الى ذكر السكنى وصفتها ٠٠٠٠ لأن الدار لا تكترى الا للسكنى فاستغنى عن ذكرها بما هو معروف والتفاوت فى السكنى يسير فلم يحتج الى ضبطه " (١) أ ٠هـ٠ منه ٠

وجاء فى النهاية " وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره الأمين لأنها ملكه فلو شرط عليه استيفاءها بنفسه فسد العقد كما لو شرط على مشتر أن لا يبيع ٠ ليركب ويسكن ويلبس مثله فى الضرر اللاحق بالعين ودونه بالأولى لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة ولا يسكن حدادا ولا قصارا حيث لم يكن هو كذلك لزيادة الضرر ٠ قال جمع : الا اذا قال لتسكن من شئت كازرع ما شئت " (٢) ٠

وجاء فى تحرير الأحكام " واذا استأجر دارا جاز اطلاق العقد ولا يجب ذكر السكنى ولا صفتها عملا بالعرف وجاز أن يسكنها بنفسه وبعياله وان لم يذكر ذلك فى العقد وأن يسكنها غيره ممن يقوم مقامه فى الضرر أو دونه على الوضع الذى تجرى به العادة ولا يسكنها من هو أضر منه كالحداد (٣) أ ٠هـ٠ منه ٠

وذكرت قبل ذلك ما نص عليه الحنفية على لسان الامام الكاسانى من أئمة المذهب ٠ ومن ذلك كله يتضح أن المكترى له أن يسكن الدار وله أن يدخل فيها أمتعته ومواشيه اذا كانت معدة لذلك ويعمل فيها كل عمل لا يوهن البناء ولا يفسده ٠ كما أن له أن يسكنها من شاء من عياله وأولاده ٠

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥١ ، ٥٢ ٠
(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٢٢ ٠
(٣) تحرير الأحكام ج ٢ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ٠

وله أن يأتي اليه فيها الزوار وبالجملة يكون للمستأجر أن يستوفى المنفعة على وفق ما تم التعاقد عليه من شروط وعلى ما هو معروف بالعرف لأن الأمر المعروف يكون كالمشروط وكل شيء رضيه المؤجر في العقد يعد رضا ؟ بما يماثله ومن باب أولى ما هو خير منه والأذن بالشيء أذن بما هو مثله أو دونه ، وهذا لا يعارض فيه أحد من أصحاب المذاهب كما ظهر من كلامهم في هذه المسألة • والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم وأعز وأكرم •

المبحث الرابع

التصرف في السكنى

لما كانت السكنى منفعة من المنافع ، فان أحكام التصرف في المنافع تسري عليها • والتصرف في المنفعة قد يكون بالاجارة أو بالوصية أو بالاعارة أو بغيرهم • وهنا قد يصدر هذا التصرف اما من المالك أو من المستأجر •

ولهذا فاننا سنذكر حكم التصرف اذا صدر من أي واحد منهما •

فهذا المبحث يتكون من مطلبين :

المطلب الأول : التصرف من المالك •

المطلب الثاني : التصرف من المستأجر •

المطلب الأول

التصرف من المالك

اذا تصرف مالك العين فى منفعة الدار بالأجارة أو بالاعارة فان نفاذ هذا التصرف يتوقف على اجازة المستأجر ، لأن هذا التصرف يمس حقه فاذا أجاز المستأجر هذا التصرف انتهت الأجارة فيما بينه وبين المالك .

وان لم يجزه المستأجر بقى عقد الأجارة حتى تنتهى مدته ، وليس للتصرف الذى صدر من المالك أثر فى انتهاء مدة الاجارة الباقية .

واذا تصرف المالك للعين بالوصية بالسكنى . فان هذا التصرف صحيح ، لأنه لا يمس حق المستأجر اذ ليس للوصية أثر الا بالقبول من الموصى له وذلك بعد وفاة الموصى لان الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت . وبموت الموصى — المؤجر — تنفسخ الاجارة فيكون تصرف المالك صحيحا .

وهذا الحكم الذى ذكرته عن التصرف بالوصية انما هو طبق رأى الأحناف ، لأنهم يرون أن عقد الاجارة ينفسخ بموت أحد طرفى العقد (١)

وبذلك لا يكون للمستأجر حق على العين المكتراة وتكون السكنى من حق الموصى له بعد وفاة الموصى — المؤجر — أما على رأى من يرى أن موت أحد العاقدين لا أثر له فى فسخ العقد — فانه اذا صدرت من المالك وصية بالسكنى للعين المؤجرة ، فان نفاذ هذا العقد يتوقف على اجازة المستأجر ، لان له حقا على هذه العين وهو حق لا ينتهى الا بانتهاء

---

(١) ويتفق الظاهرية مع الأحناف فى ذلك أنظر : المبسوط جـ ١٥ ص ١٤٤ ، المحلى جـ ٩ مسألة ١٢٩١ .

المدة المتفق عليها • وهى مدة الاجارة • هذا عن تصرف المالك فى سكنى العين المستأجرة •

ومما يتصل بهذا الموضوع " بيع العين المكتراة من مالكها " (١) بمعنى هل يجوز لمالك العين التصرف فيها بالبيع أثناء مدة الاجارة أولا يجوز ؟ للاجابة عن هذا السؤال نفرق بين ما اذا كان البيع للمستأجر أو لغيره •

ونبدأ بحكم بيع العين المستأجرة للمستأجر • فنقول وبالله تعالى التوفيق •

بيع العين المكتراة للمستأجر :

فاذا باع مالك العين المكتراة العين لمستأجرها ، فان ذلك جائز عند جميع فقهاء المذاهب الثمانية (١) •

وفى انفساخ عقد الاجارة بالبيع وجهان :

فيرى الحنفية والظاهرية : أن الاجارة تنفسخ بذلك البيع • لأن المستأجر اذا ملك الرقبة بعقد الشراء حدثت المنافع على ملكه • فلا يستوفيها بالاجارة وهى ملكه • أو بعبارة أخرى ان المنفعة تابعة للعين فى

---

(١) انظر فى ذلك : حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص١٣٨ ، فتاوى هندية ج ٣ ص ١١٠ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص٤٠٧ ، ٤٠٨ ، ٤٠٨ ، تحفة المحتاج هامش ج ٦ ص ١٩٩ من حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى عليها ، المغنى لابن قدامة ج ٦ ص٤٧ ، ٤٨ القواعد لابن رجب ص ٤٢ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص٨ مسألة ١٢٩١ •

التملك فاذا تملك المستأجر العين بعقد البيع تملك منفعتها فلم تصح أن تكون محلا لملك جديد لمالكها وذلك بواسطة الأجارة فتبطل لذلك •

وهذا القول ، قال به بعض المالكية ، وبعض الشافعية ، وبعض الحنابلة ، وقال به بعض الأمامية لكن اذا كانت الأجرة معجلة •

ويرى آخرون : من المالكية والشافعية والحنابلة • أن الاجارة لا تنفسخ بسبب بيع العين للمستأجر لاختلاف محل العقدين فعقد البيع يرد على الرقبة وعقد الاجارة على المنافع فلا تعارض بين العقدين ولا منافاة •

ثمرة الخلاف :

وثمرة الخلاف أنه على قول الأولين تحتسب الأجرة فى المدة التالية لتمام البيع اذا كان المستأجر قد نقدها للمؤجر من ثمن البيع واذا كان لم ينقد الأجرة عن هذه المدة تسقط عنه •

وعلى رأى الآخرين لا تسقط الأجرة عن المستأجر فى المدة الباقية • واذا كان المستأجر قد دفعها للمؤجر فهى له ولا تحتسب من ثمن البيع •

بيعها لغير المستأجر :

عندما أتكلم عن بيع العين المكتراة لغير المستأجر أقول :

أولا : هذا البيع لا يترتب عليه بطلان عقد الأجارة عند جمهور الفقهاء • وعليه فان المشترى لا يحق له أن يتسلم العين قبل أن تنتهى مدة الاجارة أو تنفسخ الاجارة لأى سبب من أسباب فسخها •

وذهب الفقيه الظاهرى ابن حزم الى أن عقد الاجارة يبطل

فيما بقى من مدتها وينفذ تصرف البائع • واذا نفذ تصرف البائع فقد خرجت العين عن ملكه واذا خرجت عن ملكه بطل العقد فيها اذ لا حكم له فى مال غيره ولا يحل لمستأجر منافع حادثة فى ملك غير مؤجرة • وبهذا القول : يكون ابن حزم قد خالف جماهير الفقهاء • واذا قيل أن بعض الشافعية قال بوجوب تسليم العين للمشترى فنقول : ان ما ذكره بعض الشافعية هو التسليم اليسير الذى يستقر به الملك واغتفر ذلك عندهم للضرورة " (١) •

ثانيا : ان بيع العين المكتراة من مالكها جائز فى قول أكثر الفقهاء (لكنه لا يترتب عليه كما ذكرنا تسليم العين المباعة للمشترى الا بعد مضى مدة الاجارة الا على رأى ابن حزم كما تقدم) •

وذهب بعض الفقهاء الى أن هذا البيع غير جائز •

والذين ذهبوا الى جواز هذا البيع قالوا : لا يحق للمشترى فسخ العقد ان كان يعلم بالاجارة •

أما ان كان لا يعلم فله حق فسخه لأن هذا بمنزلة عيب فى المبيع •

وقال أبو حنيفة ومحمد (٢) رحمهما الله تعالى : ان للمشترى

---

(١) انظر تحفة المحتاج هامش ج ٦ ص ١٩٩ •

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى • كان أبوه الحسن من قرية اسمها مرستى من أعمال دمشق ثم قدم الى العراق فولد له محمد بواسط سنة ١٣٢ هـ • طلب محمد العلم فى صباه فروى الحديث وأخذ عن أبى حنيفة فلما توفى أخذ عن أبى يوسف وكان فيه عقل وفطنة وعنه =

الحق فى فسخ البيع مطلقا — أى سواء أكان يعلم بالاجارة أم لا يعلم .

ثالثا : ان تصرف البائع بالبيع ينفذ عند الجميع اذا أجازه المستأجر أو ان انتهت مدة الاجارة أو كان العقد مؤجلا الى انتهاء هذه المدة .

رابعا : ان اجرة المبيع عند بقاء العقد اختلف فيها على قولين :

القول الأول : أنها للبائع .

والقول الثانى : أنها للمشترى . (والله أعلم) .

المطلب الثانى

التصرف من المستأجر

أولا : التصرف بالاجارة :

اذا تصرف المستأجر فى السكنى بالاجارة لغيره فهنا يجب أن نفرق بين ما اذا كان هذا الغير هو مالك العين أم أجنبى . فان كان المستأجر قد أجرها لأجنبى فيجوز ذلك باجماع فقهاء المذاهب الثمانية : الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والامامية ، والأباضية . فقد ذهب هؤلاء جميعا الى أن لمستأجر العين للسكنى أن يؤجرها لغير مالكها اذا كان مساويا له فى الانتفاع أو دونه .

= أخذ مذهب أبى حنيفة وقد قابله الشافعى رحمه الله ببغداد وقرأ كتبه وناظره فى كثير من المسائل ولهما مناظرات مدونة ممتعة . توفى سنة ١٨٩ هـ .

وهذا الشرط هو محل اتفاقهم جميعا • وزاد بعضهم عدة شروط أخرى لصحة الاجـارة •

منها : ألا تكون المعاقدة وقعت على أن يسكنها مستأجر بنفسه • ورأى من اشترط ذلك الشرط أنه ان وقعت الاجارة على ذلك فليس من حـــق المستأجر تأجيرها لغيره • وهذا الشرط هو للسادة الظاهريـــة والامامية •

وقال الشافعية ان العقد ان تضمن مثل هذا الشرط فانه يفسد •

أما السادة الحنفية فقالوا ان العقد صحيح والشرط باطل •

فيصح على ذلك تأجيرها لغير مالكها ولو مع وجود الشرط عندهم لأنـــه شرط باطل لا قيمة له •

ومنها : أن تكون الاجارة بعد قبض المستأجر للعين المكتراة • وبهـــذا : قال الحنفية والحنابلة والزيدية •

ومنها : ألا تزيد الأجرة فى عقد الاجارة الصادر من المستأجر لغيره علـــى الأجرة الواجبة عليه بعقد الأجارة مع المالك [1] الا فى حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون الأجرة من جنس خلاف جنس الأجرة الواجبة •

الحالة الثانية : أن يكون المستأجر قد أصلح فى العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع وفى هذه الحالة لا يشترط أن تكون الأجـــرة

---

(١) فان زادت الأجرة عن الأجرة المتفق عليها بين المالك والمستأجر فعلى المستأجر (المؤجر) أن يتصدق بها •

الزائدة من جنس يخالف جنس الأجرة الواجبة وهذا هو قول السادة الحنفية والزيدية والامامية ، والأباضية • ثم اذا كان للمستأجر الحق فى أن يؤجر العين لغيره ، فهل يجوز له أن يؤجرها لمدة أكثر مما هو قد استأجرها لها ؟ • بمعنى هل تكون الزيادة ملزمة لمالك العين أم لا ؟

للاجابة على هذا السؤال نقول :

اذا كان العقد الجديد بين المؤجر والمستأجر قد تم باذن مالك الرقبة فان المدة التى تضمنها هذا العقد تكون ملزمة لمالك العين • أما اذا كانت الاجارة قد تمت من المستأجر بلا اذن من مالك الرقبة فان ما زاد فيها من مدة عن الاجارة بين المالك والمستأجر غير ملزم للمالك ويكون المستأجر فضوليا فيما بقى من هذه المدة (١).

تأجير العين المكتراة لمالكها :

أما تأجير العين المكتراة من المستأجر لمالكها ففيه خلاف بين الفقهاء •

فيرى جمهور الفقهاء : المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية، والامامية جواز ذلك • أى أن للمستأجر أن يؤجر العين المكتراة لغيره سواء أكان هذا المستأجر هو المالك أم أجنبى (٢) • كما ذكرنا من قبل •

---

(١) مرشد الحيران ص ١٦٦ •

(٢) وقيد المالكية جواز استئجار المالك المؤجر لداره بأن لا يكون فى ذلك تهمة سلف جر منفعة كايجارة بعشرة لأجل واستئجارها بثمانية نقدا • أنظر الشرح الكبير جـ ٤ ص ٩ من حاشية الدسوقى •

ووجهتهم أن المستأجر قد ملك منفعة العين بالاجارة فجاز لـــــه أن يستوفيها وأن يتصرف فيها .

ويرى السادة الحنفية والزيدية أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر لمالـــك العين ما استأجره منه . اذ لا يجوز أن يستأجر الانسان ملك نفسه .

غير أن الزيدية قالوا : ان عدم جواز الاجارة للمالك من المستأجر مقيد بما اذا كان المالك هو المؤجر للمستأجر .

فان كان المؤجر له غير المالك فتصح اجارة المستأجر للمالك . وعليه فلا تصح اجارة المستأجر للمؤجر ولو غير مالك عندهم .

ووجهة الأحناف في منع الاجارة للمالك من المستأجر : أن المنافع حين تنشأ تنشأ على ملك مالك العين وعنه تنتقل الى المستأجر .

والذين ذهبوا من الفقهاء الى صحة الاجارة من المستأجر للمالـــك اختلفوا فيما اذا زادت الأجرة عن الأجرة المتفق عليها أولا .

فيرى الجمهور منهم : المالكية ، والشافعية ، والحنابلة وبعض الامامية — صحة التعاقد بين المستأجر المالك والمؤجر — المستأجر — بأي أجـــرة كانت أي سواء أكانت أكثر من الأجرة الأولى أم اقل أم مساوية .

وذهب البعض الآخر من الامامية وبعض الأباضية الى أن ذلك يصح فيما اذا كانت الأجرة مساوية أو أقل أما اذا زادت عن الأجرة الواجبة في العقـد الأول بينهما فلا يصح العقد الجديد . هذا عن التصرف بالاجارة .

ثانيا : التصرف بالاعارة :

اذا تصرف المستأجر فى السكنى بالأعارة فان هذا التصرف صحيح بلا خلاف فى ذلك لأن المستأجر يملك السكنى فله اعارتها لأن له أن يسكنها أو أن يسكنها غيره • ولأن العارية لا توجب حقا للمستعير فهو بمنزلة ضيف أضافة [1] •

وهذا اذا لم يكن هناك شرط على المستأجر بأن يكون هو المنتفع • وذلك عند من رأى أن المستأجر ملتزم بالوفاء بهذا الشرط كالظاهرية •

أما على رأى من يرى أن السكنى لا تختلف باختلاف المنتفع فان الشرط يكون باطلا وعليه : يعيرها المستأجر لمن يشاء ولو مع وجود الشرط عليه بأن يكون هو المنتفع •

ثالثا : التصرف بالوصية :

من المعلوم أن الوصية هى تملك مضاف الى ما بعد الموت [1] • فالمستأجر اذا تصرف فى العين المستأجرة بالوصية فان هذا التصرف لن ينتج أثره الا اذا توفى المستأجر وقبل الموصى له الوصية وكانت مدة الاجارة باقية بعد موته وعلى ذلك فان حكم هذا التصرف يكون مختلفا فيه بين الفقهاء ويكون أساس هذا الاختلاف هو اختلافهم فى موت أحد المتعاقدين فى الاجارة هل ينفسخ به التعاقد أم لا ؟

---

(١) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ ص ١٤١ •
(٢) التعريفات للجرجانى ص ٢٢٥ •

فعلى رأى من يرى أن الاجارة تنفسخ بموت المستأجر يكون هـــذا التصرف غير صحيح .

لأنه يمس حق المؤجر اذ المنفعة تنتقل اليه بموت المستأجر .

وعلى رأى من يرى أن الاجارة لا تنفسخ بموت المستأجر فان هـــذا التصرف يكون صحيحا لأن المستأجر بعد موته تكون المنفعة فى حكم ملكه بعد موته . وهذا فيما بقى من مدة الاجارة . فاذا انتهت المدة عاد ملك المؤجر للمنفعة . والله أعلم .

المبحث الخامس

خلو الرجـــل للسكنى

ويشتمل على المطالب التاليـــة :

المطلب الأول : التطور التاريخى لخلو الرجل (أو بدل الاخلاء)
المطلب الثانى : مقارنة بين خلو الرجل ـ والخلو فى الشريعة .
المطلب الثالث : حكم خلو الرجل فى الشريعة الاسلاميـــــة .

المطلب الأول

التطور التاريخى لخلو الرجل أو بدل الاخلاء

خلو الرجل كان يعرف باسم بدل الاخلاء وقد ظهر التعامل بـــــه كلفظ مركب من مضاف ومضاف اليه ـ أولا فى ظل الأمر العسكرى ١٥ لســـنة ١٩٤١ الذى حجر على الملاك أن يؤجروا أملاكهم الا اذا صدر أمر تمكـــين من الحاكم العسكرى الى أول المتقدمين لاستئجار المسكن الذى خـــلا .

فكان لابد لمن يريد أن يستأجر مسكنا خلا أن يتقدم بطلب للحصول على هذا المسكن وأن يسبق بتقديم هذا الطلب غيره ممن يريد استئجار هذا المسكن • وعلى هذا كان لابد لمن يريد الاستئجار للسكنى أن يعلم من المستأجر الذى يشغل هذا المكان بتاريخ خلوه • فالمستأجر فى وسعه أن يميز أحد الراغبين فيه على غيره بأن يعلمه بعزمه وبتاريخ الاخلاء فيمكنه من المبادرة الى طلب هذا المسكن ومن الحصول على الأولوية فى استئجاره • وكان من الطبيعى أن يتقاضى المستأجر القديم من المستأجر الجديد ثمن هذه الخدمة التى قدمها له •

وجرت تسمية هذا الثمن ببدل الاخلاء أو خلو الرجل •

" وكان هذا البدل فى الواقع من الأمر يمثل جزءاً من قيمة التضحيات التى فرضها التشريع الاستثنائى على مالك لمصلحة المستأجر وكان هذا الأخير يثرى به على حساب المالك ولم يكن المالك يصيب منه سوى الكيد والغيظ •

لذا كان على واضعى القانون أن يعدل عن نظام الاستيلاء والتمكين فوضع المرسوم بقانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٦ • وترك بهذا المرسوم للمالك حرية التأجير لمن شاء مادام ذلك فى حدود الأجرة القانونية •

وبهذا أصبح لمن يريد الاستئجار أن يسترضى المالك لا المستأجر القديم • وبالتالى أصبح المالك هو الذى يتقاضى بدل الاخلاء من المستأجر الجديد • وقد يحدث أن يشترط المستأجر القديم على المالك أن يقاسمه بدل الاخلاء الذى سيدفعه المستأجر الجديد فى مقابل اخلائه العين المؤجرة والا فانه يستمر شاغلا اياها ويفوت على المالك فرصة الانتفاع ببدل الاخلاء كله "•

ولم يكن هذا التعامل جائزا فى ظل القانون بل كان محظورا لأنــــه أوجب أن يعاقب المالك أو المؤجر عند أخذه بدل اخلاء بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر والغرامة التى لا تجاوز مائتى جنيه أو احدى هاتين العقوبتين وأن يرد ما أخذه ٠

وهذه العقوبات نصت عليها المادة ١٦ فقرة ثانية من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ م والمادة (٦) المضافة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٢ ٠

هذا عن المؤجر أو المالك أما المستأجر القديم فلم يكن يطبق عليه فيما أخذه من بدل اخلاء أى جزاء لأن النص كان مقصورا على ما يرتكبه المؤجر دون سواه ٠

وبناء على ذلك لم يكن للمستأجر الجديد الذى دفع بدل اخلاء الى المستأجر القديم من سبيل على هذا الأخير الا اذا كان هذا قد أجر من باطنه الى المستأجر الجديد اذ كان حينئذ مؤجرا وتسرى عليه بصفته هذه المادتان ٦ ، ١٦ من القانون ٠ أو اذا كان المستأجر اقتسم مع المؤجر خلو الرجل الذى قبضه حيث كانت تسرى عليه المادة ٢/٢٦ باعتباره وسيطا ٠

ومن هذا الذى ذكرناه عن عقاب المستأجر فى القانونين يتبين أنه (أى المستأجر) كان أسعد حظا فى ظل هذين القانونين : الصادرين فى سنة ١٩٤٧ ٠ والمضاف اليه من القانون ١٢ لسنة ١٩٦٢ لأنه لا يعاقب الا فى حالة كونه مؤجرا أو وسيطا ٠

ولهذا اقترح البعض أن يكون العقاب شاملا للمؤجر والمستأجر ٠

وقد أخذ واضعو القانون بهذا الاقتراح فى القانون رقم ٥٢ لسنة

١٩٦٩ حيث نص في المادة ١٧ منه على أنه "لا يجوز للمؤجر بالذات أو بالوساطة اقتضاء أي مقابل أو أتعاب بسبب تحرير العقد أو أي مبلغ اضافي خارج نطاق عقد الايجار زيادة عن التأمين والأجرة المنصوص عليها في العقد ويسري هذا الحظر أيضا على المستأجر • والمقصود بالمستأجر الذي تسري عليه نصوص هذه العقوبة هو المستأجر الذي كان ينتفع بالعين والذي تقاضى وقبل الخلو أو بدل الاخلاء •

وهذا لا يتصور في المستأجر الجديد لأنه هو الدافع للخلو [١].

هذا هو التطور التاريخي لخلو الرجل أو ما كان يسمى ببدل الاخلاء وقد رأينا كيف كان للقانون دور كبير في نشأته [٢] لأنه حظر على الملاك أن يؤجروا ما يملكونه من أماكن على حسب ما أبيح لهم من قبل الشارع الحكيم وما جاءت به سنتهم الشريفة •

---

(١) أخذ بتصرف من شرح قانون الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ص ٢٠٥ – ٢١٣ • للدكتور سليمان مرقص • طبع مطبعة الجبلاوي شارع الترعة البولاقية •

(٢) فالأمر العسكري ١٥١ لسنة ١٩٤١ حجر على الملاك أن يؤجروا أملاكهم الا اذا صدر أمر تمكين من الحاكم العسكري •

ولما ظهرت عيوب هذا الأمر العسكري صدر المرسوم بقانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٦ • وهذا القانون لم يفعل شيئا سوى أنه نقل اللقمة من فم المستأجر الى فم المؤجر وليس هذا علاجا لهذه المشكلة الصعبة التي ما زالت تقف ستارا يحول بين الحصول على الأماكن بالأجرة طبقا لما شرعه الله تعالى •

ولا يمكن علاج هذه الظاهرة الغريبة الشاذة الا اذا طبقنا نصوص الشريعة الاسلامية لأن فيها العلاج لكل أمراض المجتمع •

= فالشريعة أباحت للمؤجر والمستأجر ان يتفقا على تعجيل الأجر ولو لعشرات السنين وليس هناك شرط سوى أن يغلب على ظنهما بقاء المكان الى الحد المتفق عليه ٠

وعليه فيجوز للمؤجر أن يأخذ من المستأجر أى مبلغ كأجرة معجلة من الايجار ٠

وفى ذلك مساعدة للمؤجر على بناء ما يريد أن يعده للاستغلال ٠

ولن يضار المستأجر من ذلك لانه سوف يخصم ما دفعه من الأجرة المقررة ٠ هذا فى الشريعة ٠ أما لو نظرنا فى نصوص القانون الوضعى لوجدنا أن هذا العمل ممنوع وأن الذى يتقاضى مقدم ايجار يعاقب على ذلك كما يعاقب من يأخذ خلو الرجل فالقانون قد سوى بين ما هو مشروع وبين ما هو غير مشروع وحظر التعامل بهما وهذ ضرب من التخبط لا يليق فى مجتمع دينه الرسمى الاسلام ٠

جاء فى المادة ٧٧ من قانون ١٤ لسنة ١٩٧٧ الخاصة بعقوبة من يتقاضى أى مبالغ اضافية غير الاجر المنصوص عليها أو يتقاضى مقدم ايجار " يعاقب كل من يخالف حكم المادة ٢٦ من هذا القانون سواء أكان مؤجرا أو مستأجرا أو وسيطا بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل مثلى المبلغ الذى تقاضاه بالمخالفة لاحكام هذه المادة ويعفى من العقوبة كل من المستأجر والوسيط اذا أبلغ أو بادر بالاعتراف بالجريمة وفى جميع الاحوال يجب الحكم على المخالف بأن يرد الى صاحب الشأن ما تقاضاه على خلاف احكام المادة المشار اليها والمادة ٢٦ تنص على " لا يجوز للمؤجر مالكا كان أو مستأجرا بالذات أو بالوساطة اقتضاء أى مقابل أو اتعاب بسبب تحرير العقد أو أى مبلغ اضافى خارج نطاق عقد الايجار زيادة على التأمين والاجرة المنصوص عليها فى العقد كما لا يجوز بأية صورة من الصور للمؤجر أن يتقاضى أى مقدم ايجار

انظر تشريعات ايجار الاماكن ـ المحاماة ملحق العددين السابع والثامن للسنة السابعة والخمسين ص١٧ ، ٤٣ ٠ طبع دار الطباعة الحديثة ٠

المطلب الثاني

مقارنة بين خلو الرجل
والخلو في الشريعة الاسلامية

وفيه فروع ثلاثة :

الفرع الأول : تعريف خلو الرجل •

الفرع الثاني : تعريف الخلو عند الفقهاء •

الفرع الثالث : المقارنة •

ونبدأ بالأول فنقول :

الفرع الأول

تعريف خلو الرجل

قبل الكلام في تعريف خلو الرجل : نذكر أن هذا اللفظ مركب من مضاف ومضاف اليه والجزء الأول منه وهو الخلو : مصدر ماضيه خلا ، ومضارعه يخلو ، وأخلى لغة فيه وفعله يتعدى (بمن) أو (بالباء) فتقول خلا الدار من الأهل خلوا •

أي لا يوجد فيه أحد وخلا الزوج بزوجه خلوة أي انفرد بها •

فكأن الخلو سبب في اخلاء الدار من الأهل ليعمر بآخرين (١).

---

(١) انظر تشريعات ايجار الأماكن — المحاماة ملحق العددين السابع والثامن للسنة السابعة والخمسين ص١٧ ، ٤٣ • طبع دار الطباعة الحديثة •

(١) المصباح المنير ج ١ ص ٨٣ •

أما اذا أضيف لفظ الخلو الى لفظ الرجل فيمكن أن نعرفه — كلفظ مركب منهما — بأنه : المال الذى يدفع عند الحصول على منفعة مكان للسكنى أو غيرها زيادة عن الأجرة المقابلة للمنفعة •

الفرع الثانى

تعريف الخلو

ذكرت عند تعريف خلو الرجل تعريف الخلو فى اللغة فنذكر فى هذا الفرع تعريفه عند الفقهاء •

أولا : عند المالكية :

الخلو عند المالكية عبارة عن "منفعة يتملكها من يدفع نقودا الى ناظر وقف ليعمره بها أو ليعمر أعيانا قد خصصت أعيان الوقف لعمارتها كمسجد مثلا " (١) .

والخلو على هذا اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة فى الوقف فى نظير ما دفعه • وتقسم الأجرة عند اجارة العين بين الوقف وصاحب الخلو فيقال أجرة الوقف كذا وأجرة الخلو كذا (٢) وهو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع (٣) .

---

(١) انظر حاشية العدوى هامش ج ٧ ص ٧٩ من الخرشى • فتح العلى المالك ج ٢ ص ٢٤٩ — ٢٥١ •

(٢) انظر كتاب الحق والذمة لفضيلة الأستاذ الدكتور / الشيخ على الخفيف ص ٢٧٤ (هامش) •

(٣) تقدم فى الباب الأول الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع • ومن هذه الفروق : أن مالك المنفعة يبيع ويهب ويعير وينتفع بخلاف صاحب حق الانتفاع فانه ليس له الا أن ينتفع بنفسه فقط • فلا يؤجر ولا يهب ولا يعير •

عند الأحناف :

يطلق الخلو عند الأحناف ويراد به حق استبقاء العين المؤجرة واستبقائها بمقتضى إجارتها لا الى مدة معينة نظير مبلغ من المال يدفعه المستأجر لمالك العين إن كانت ملكا أو للناظر عليها إن كانت وقفا خلاف الأجرة المتفق عليها شهريا أو سنويا . فالأجرة تكون فى نظير المنفعة . والمبلغ المدفوع فى نظير الاستبقاء . ودافع هذا المبلغ يسمى صاحب خلو .

كما يطلق الخلو ويراد به . البناء الذى يبنى فى الأرض الموقوفة بالمال الذى يدفعه المستأجر وذلك عندما يريد الواقف أو الناظر بناء فضاء موقوف فيتفق مع آخر على أن يتولى البناء بماله أو يدفع للناظر أو الواقف مبلغا من المال ليقوم بالبناء ، على أن يكون لصاحب المال الحق فى استئجار هذه الأرض ما دام يدفع أجرة مثلها وله فيها حق البقاء على هذا الشرط . والبناء على هذا يكون ملكا للمستأجر يجوز له بيعه وهبته ووقفه ويورث عنه اذا مات ويصير به محتكرا (١) .

وهذا التصرف غير جائز عند السادة الأحناف اذا كان المراد منه الاطلاق الأول . أما الاطلاق الثانى فيجوز عندهم لأنه قريب من المعنى

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٢١ ، ٢٢ .
هذا ويرى الفقيه الحنفى المشهور بابن عابدين : أن الخلو هو " عبارة عن القدمية ووضع اليد " . أما ما يبنى فى الأرض الموقوفة " بالمال الذى يدفعه المستأجر ، والذى يعطى لصاحبه (المستأجر) . الحق فى استئجار هذه الارض ما دام يدفع أجرة مثلها وله فيها حق البقاء على هذا الشرط ويكون البناء المذكور ملكا للمستأجر - ويرى أن هذا لا يسمى خلوا . وانما يسميه الفقهاء سكنى انظر العقود الدرية جـ ٢ ص ٢٠٠ .

الذى يريده المالكية من الخلو [1]. أما السادة المالكية فيرون أن هذا التصرف جائز [2] لأنه يترتب عليه أن لمالك الخلو الحق - فى تأجير ما بناه أو هبته أو وقفه أو الايصاء به كما أنه يورث عنه اذا مات . وأجاز المالكية هذا التصرف للحاجة الداعية اليه وهى عدم وجود ما يعمر به الوقف ففيه احياء للمال الموقوف .

الفرع الثالث

المقارنة بين خلو الرجل والخلو شرعا

تبين لنا مما سبق أن هناك فرقا كبيرا بين معنى خلو الرجل ، ومعنى الخلو . فخلو الرجل يترتب عليه حط أى جزء من الأجرة المقابلة للمنفعة ، ولا يعود على المستأجر بأية فائدة .

أما الخلو فهو على رأى المالكية وعلى أحد اطلاقيه عند الأحناف عبارة : عن البناء الذى يبنى فى الأرض الموقوفة بالمال الذى يدفعه المستأجر وهذا البناء ملك المستأجر يجوز له بيعه وهبته ووقفه ويورث عنه عند وفاته . وعليه فالأجرة تقسم بين هذه المنفعة المملوكة للمستأجر وبين الوقف فيقال أجرة الخلو كذا وأجرة الوقف كذا . فصاحب الخلو غير مطالب الا بأجرة الأرض فقط أما البناء فهو ملكه . ولصاحب البناء الحق فى استئجار العين المؤجرة واستبقائها بمقتضى اجارتها لا الى مدة معينة أما اذا كان الاستئجار نظير مبلغ من المال يدفعه المستأجر لمالك العين إن كانت ملكا أو للناظر عليها

---

(١) فضيلة الشيخ الأستاذ على الخفيف فى كتاب الحق والذمة ص٧٥ ٢هامش

(٢) المرجع السابق - وشرط الجواز عند المالكية أن يعمر بالمبلغ الذى سيدفعه المستأجر أما اذا أخذ وأنفق على المستحقين فان هذا التصرف غير جائز شرعا .

ان كانت وقفا خلاف الأجرة المتفق عليها شهريا أو سنويا •

فيكون الفرق بين الخلو وخلو الرجل هو أن الخلو يكون فى نظير الاستبقاء أما خلو الرجل فيكون فى نظير الحصول على استئجار مكان للسكنى أو غيرها ويتفق الخلو على هذا المعنى مع خلو الرجل فى أن كلا منهما لا مقابل له من الأجرة المقررة ولا فائدة منه للمستأجر الا التمكين من المنفعة أو الاستمرار من التمكين •

والخلو بهذا الاطلاق لا يجوز شرعا كما ذكر فضيلة الأستاذ على الخفيف فقد قال : بعد أن ذكر ما نص عليه الحنفية فى معنى الخلو " وهذا تصرف غير جائز شرعا " (١).

المطلب الثالث

حكم خلو الرجل شرعا

يظهر مما ذكرناه فى معنى خلو الرجل أن هذا التصرف غير جائز فى شريعتنا الغراء وذلك لما يأتى :

١ - نص الأحناف على عدم جواز الخلو شرعا (٢) اذا كان بمعنى استبقاء العين لا الى مدة معينة • فالخلو فى نظير الاستبقاء والأجرة فى مقابل المنفعة • وبأدنى تأمل نجد أنه لا فرق بين استبقاء العين

---

(١) الحق والذمة لفضيلة الأستاذ على الخفيف ص ٢٧٥ (هامش) •
(٢) انظر : الحق والذمة فضيلة الأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٧٥ هامش •

وبين تمكين المستأجر عن طريق خلو الرجل حيث أن القصد هو الاستفادة من العين بالتمكين من منفعتها سواء أكان هذا التمكن جديداً أم استمرارا للتمكن القديم .

٢ ـ ان أخذ خلو الرجل أكل لمال أخيه بالباطل . وهذا ما نهى الله تعالى عنه بقوله عز شأنه "ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم "(١).

يقول الامام الألوسى (٢) (رضى الله عنه) : " والمراد من الأكل سائر التصرفات ، وعبر به لأنه معظم المنافع . والمعنى لا يأكل بعضكم أموال بعض. والمراد بالباطل ما يخالف الشرع كالربا والقمار والنجس والظلم . قاله السدى وهو المروى عن الباقر (٣) (رضى الله عنه) . وعن الحسن هو ما كان بغير استحقاق من طريق الأعواض .

اننا لو نظرنا الى الحكمة من تحريم الربا لوجدنا أن مثل هذه الحكمة تتوفر فى خلو الرجل وعن الحكمة فى تحريم الربا يقول الامام ابن تيمية (٤) :

---

(١) من آية ٢٩ من سورة النساء .

(٢) روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى ج ٥ ص ١٤ لخاتمة المحققين شهاب الدين السيد محمود الألوسى البغدادى المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ . والتفسير المذكور طبع ادارة الطباعة المنيرية .

(٣) اسمه أبو جعفر بن محمد بن على بن الحسينى المعروف بالباقر وهو امام من أئمة الشيعة الامامية روى عن أبيه ، وجابر ، وابن عمر وغيرهم كان سيد بنى هاشم فى زمانه توفى سنة ١١٤ هـ .

(٤) القواعد النورانية الفقهية ص١١٧ .

" والربا فيه ظلم محقق لمحتاج ولهذا كان ضد الصدقة . فان الله لم يدع الاغنياء حتى أوجب عليهم اعطاء الفقراء فان مصلحة الغنى والفقير في الدين والدنيا لا تتم الا بذلك فاذا أربى معه فهو بمنزلة من له على رجل دين فمنعه دينه وظلمه زيادة أخرى والغريم محتاج الى دينه فهذا من أشد أنواع الظلم ".

فاذا كان الربا ممنوعا لأنه ظلم محقق لمحتاج فيكون خلو الرجل ممنوعا أيضا لأنه ظلم من المؤجر وهو الغنى ، لمحتاج وهو المستأجر الفقير .

ان المؤجر قد استغل حاجة أخيه الى الاستئجار فطلب منه هذا الخلو الذى لا يقابله شئ والمستأجر لو لم يكن فى حاجة الى المسكن لما قبل دفع هذا المبلغ الذى قد تصل قيمته الى أضعاف أضعاف ثمن العين . هل يعقل أن يكون دافع هذا المبلغ فاعلا ذلك عن طيب نفسه ؟

لكل ذلك كان خلو الرجل غير جائز شرعا ويكون مرتكبه قد أوقع نفسه فيما نهى الله عنه ، وعليه أن يتحمل عقاب الله تعالى "يوم لا ينفع مال ولا بنون الا من أتى الله بقلب سليم " (١).

ومسئولية هذا الفعل تقع على المؤجر أما المستأجر فان الأثم يرتفع عنه لأنه مضطر لذلك . وهذا ملائم لتصرفات الشرع وان لم ينص على عينه فان الشارع قد أجاز أكل الميتة للمضطر والدم ولحم الخنزير وغير ذلك من الخبائث المحرمات .

---

(١) آيتا ٨٨ ، ٨٩ من سورة الشعراء .

وقد أسيغ للانسان كما أفتى بذلك بعض المتقدمين [١] أن يأخذ بقدر الحاجة فى القوت والملبس والمسكن اذا طبق الحرام الأرض أو ناحية يعسر الانتقال منها ، حتى لا تتعطل المكاسب والأشغال ولا يشترط فى ذلك الاقتصار على مقدار الضرورة •

يقول الامام الشاطبى [٢] : "أنه لو طبق الحرام الأرض ، أو ناحية من الأرض يعسر الانتقال منها وانسدت طرق المكاسب الطيبة ، ومست الحاجة الى الزيادة عن سد الرمق فان ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة ، ويرتقى الى قدر الحاجة فى القوت والملبس والمسكن ، اذ لو اقتصر على سد الرمق لتعطلت المكاسب والأشغال ، ولم يزل الناس فى مقاساة ذلك الى أن يهلكوا وفى ذلك خراب الدين • لكنه لا ينتهى الى الترفيه والتنعم ، كما لا يقتصر على مقدار الضرورة "•

نخلص من كل ذلك الى أن خلو الرجل تصرف غير جائز شرعا وأن المسئولية فيه على المؤجر أما المستأجر فانه لا اثم عليه فيه لحاجته الداعية الى ذلك حتى يستطيع أن يحفظ نفسه التى أمر الشارع بحفظها [٣].

والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم وأعز وأكرم

---

(١) انظر الاعتصام جـ ٢ ص ١٢٥ طبع مطابع شركة الاعلانات الشرقية ، احياء علوم الدين للغزالى جـ ٢ ص ١٠٧ طبع مطبعة الاستقامة بالقاهرة •

(٢) الاعتصام جـ ٢ ص ١٢٥ •

(٣) ولكن على المستأجر أن يبلغ السلطات لكى يرفع هذا الظلم فاذا أمكنه بعد الاستئجار أن يسترد ما دفعه بمعاونة ولى الأمر فتهاون فعليه اثم ذلك " والله أعلم " •

الفصل الثانى

التبرع بالسكنى

التبرع بالسكنى يكون بعدة تصرفات منها : الوصية ، والهبة ، والوقف وهذه التصرفات المذكورة هى التى سنتكلم عنها فى هذا الفصل ٠ فكلامنا هنا فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الوصية بالسكنى ٠
المبحث الثانى : هبة السكنى ٠
المبحث الثالث : وقف السكنى ٠

المبحث الأول

الوصية بالسكنى

الوصية بالسكنى فرد من أفراد الوصية بالمنافع التى هى أحد أفراد الوصية بوجه عام (١).

ويلزمنا قبل الكلام عن الوصية بالسكنى أن نتكلم عن تعريف الوصية ودليل جوازها ٠

وعليه فان هذا المبحث يشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الوصية ٠
المطلب الثانى : دليل جواز الوصية بالمنافع ٠ (مشروعية الوصية) ٠
المطلب الثالث : الوصية بالسكنى ٠

---

(١) لأن الوصية تكون بالمال أو بالحق أو بالمنافع ٠

المطلب الأول

تعريف الوصية

في اللغة :

جاء في المصباح المنير (١) ... وأوصيت اليه بمال جعلته له . وأوصيته بولده استعطفته عليه وهذا المعنى لا يقتضي الايجاب . وأوصيته بالصلاة أمرته بها وعليه قوله تعالى :

" ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون " (٢) وقوله " يوصيكم الله في أولادكم " (٣) أي يأمركم . فالوصية في اللغة تتناول الوصايا الأدبية والمادية سواء أكانت بالمال أم بغيره . فيقال أوصيته بالصلاة : قال تعالى : " وأوصاني بالصلاة والزكاة مادمت حيا " (٤) كما تكون عهدا بتصريف معين في الحقوق ، والأموال التي للشخص على وجه معين فيقال : أوصيت لفلان بسكنى داري (٥) .

تعريف الوصية عند الفقهاء :

عرف الفقهاء الوصية باصطلاحات مختلفة وعبارات متغايرة فعرفها فقهاء الأحناف : بأنها " تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان

---

(١) المصباح المنير ج ٢ ص ١٤٥ .
(٢) من آية ١٥٣ في سورة الأنعام .
(٣) من آية ١١ في سورة النساء .
(٤) من آية ٣١ في سورة مريم .
(٥) انظر أحكام الأسرة للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ج ٥ ص ٧ .

الموصى به عينا أم منفعة " (١) .

وعرفها المالكية : بأنها : " عقد يوجب حقا فى ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده (٢) .

وعرفها الشافعية : بأنها : " تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق بصفة وإن التحقا بها حكما كتبرع نجز فى مرض الموت أو ما ألحق به (٣) " .

وهذه التعريفات لو تأملنا فيها لوجدناها مختلفة فى عبارتها ، وفى زيادة بعض القيود فى بعضها وإغفالها فى البعض الآخر .

فمثلا عبر عن هذا التصرف مرة بالتمليك ، ومرة بالعقد ، ومرة بالتبرع .

والتعبير بالعقد أولى هذه التعبيرات ، لأنه يتضمن التمليك عن طريق التبرع كما يتطلب توافر شروط الانعقاد الأصلية من الأهلية ، والمحل .

أما كونه عقدا من عقود التبرع فلا يجافى ذلك كونه عقدا يستلزم تحقق شروط الانعقاد . فالالتزام بالعوض أمر ناتج عن العقد وخارج عنه .

---

(١) انظر تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ١٨٢ .
واحترز بقوله : " مضاف إلى ما بعد الموت " عن نحو الهبة . فإنها تمليك فى الحال وبقوله : " على وجه التبرع " عن نحو البيع والاجارة مما يفيد التملك بعوض .

(٢) كفاية الطالب الربانى لرسالة ابن أبى زيد القيروانى ج ٢ ص ١٨٧ ، ١٨٨ . طبع المطبعة العامرة سنة ١٢٨٨ هـ .

(٣) تحفة المحتاج هامش ج ٧ ص ٣ . من حاشيتى الشروانى وابن قاسم العبادى عليها .

وعن الاختلاف فى زيادة بعض القيود فى بعضها واغفالها فى البعض الآخر ، فهذا ظاهر فى تعريف المالكية اذ أنهم ذكروا فى تعريفهم لفظ (فى ثلث ماله) وهذا قيد لبيان ما تصح فيه الوصية • والسر فى ذكر هذا القيد أو غيره من القيود التى يذكرها المالكية فى تعريفهم هو أن المالكية دأبوا على ذكر الشروط فى التعاريف لتكون ضابطة للمهايا الصحيحة شرعا • أما غير المالكية فلا يلتزم بذلك لأن الأساس الشرعية — عندهم — تطلق على المهايا مطلقا صحيحة أو فاسدة ، فاذا استوفت الماهية الشروط وانتفت الموانع سميت بالصحيحة ، أما المالكية فلا يعتبرون للماهية وجودا الا اذا كانت صحيحة فالخلاف بينهم مبنى على اختلاف الاصطلاح ، ولا مشاحة فى الاصطلاح (١) •

المطلب الثانى

مشروعية الوصية

نقصد من ذكر هذا المطلب اقامة الدليل على مشروعية الوصية بالمنافع لأن السكنى منفعة من المنافع واذا ثبت مشروعية الوصية بوجه عام كان ذلك شاملا للوصية بالمنافع التى منها السكنى — لعدم وجود ما يمنعها — والوصية من حيث الأصل جائزة على خلاف القياس لأنها تملك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك • فتكون الاضافة واقعة الى زمان زوال الملك •

فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح حينئذ (٢) • لكن لما

---

(١) الأستاذ الدكتور / ابراهيم دسوقى الشهاوى فى المذاهب الفقهية ص ٢٤ طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة • الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ سنة ١٩٦٦ م •

(٢) انظر تكملة البحر الرائق جـ ٨ ص ٤٦٠ •

كانت هناك حاجة داعية اليها استحسن الفقهاء جوازها مستدلين عليه بالكتاب والسنة والاجماع .

أولا : الكتاب :

١ - قال الله تعالى "يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ... الى قوله تعالى جل شأنه : "من بعد وصية يوصى بها أو دين " (١) فقد أوجب الله بهذه الآية البدء قبل توزيع التركة للميت - بالدين والوصية - . ثم بعد ذلك يوزع الباقى على المستحقين للميراث وفى تقديم الوصية على الميراث أبين دليل على جواز الوصية .

يقول ابن العربى : "فأما تقديم الصدقة على الميراث فى بعض المال ففيه مصلحة مشروعة ... لأنه لو منع من جميعه لفاته باب من البر عظيم ولو سلط عليه لما أبقى لورثته بالصدقة منه شيئا لأكثر الوارثين أو بعضهم فقسم الله سبحانه بحكمته المال وأعطى الخلق ثلث أموالهم فى آخر أعمارهم وأبقى سائر المال للورثة ... " (٢) انتهى منه .

٢ - قوله تعالى جل شأنه : " ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم " ... (٣) .

---

(١) آية ١١ فى سورة النساء .
(٢) أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٣٤٢ .
(٣) من آية ١٠٦ فى سورة المائدة .

وهذا دليل على جواز الوصية لان الله تعالى طلب الاشهاد على الوصية فى هذه الآية وهذا دليل الجواز .

ثانيا : السنة :

أما الدليل على مشروعية الوصية من السنة فقول النبى (صلى الله عليه وسلم) فيما رواه أبو داود : "ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده " [١] فهذا الحديث يدل على جواز الوصية لأنه لو لم تكن جائزة لما حثنا النبى (صلى الله عليه وسلم) على فعلها بل لكان قد نهانا عنها .

ثالثا : الاجماع :

قال ابن قدامة : "أجمع العلماء فى جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية [٢] . وقال الكاسانى : ان الأمة من لدن رسول الله صلى اليه عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من أحد فيكون اجماعا من الأمة على ذلك " [٣] .

وبهذا يتبين لنا أن الوصية مشروعة ..

ولما كانت الوصية بالمنافع فردا من أفراد الوصية فان الجواز ينسحب

---

(١) سنن أبى داود جـ ٢ ص ١٠ طبع المطبعة التازية لصاحبها عبد الواحد محمد التازى بمصر سنة ١٣٤٨ هـ . وهو أيضا من رواية الامام مسلم رضى الله عنه جـ ١١ ص ٧٤ بشرح النووى غير أن الامام مسلم يزيد فى روايته لفظ (يريد أن) قبل (يوصى) .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١ طبع مطبعة عاطف وسيد طه وشركاهما .

(٣) البدائع جـ ١٠ ص ٤٨٣٨ .

عليها واذا جازت الوصية بالمنافع جازت الوصية بالسكنى ، لأنها منفعة من المنافع •

وهذا مذهب الجمهور فى الوصية بالمنافع •

وذهب الظاهرية ومعهم بعض الامامية الى عدم صحتها (١) •

دليل الجمهور على مشروعية الوصية بالمنافع ما يأتى :

١ ـ المنافع يصح تمليكها فى حال الحياة ببدل وبغير بدل ، فكذا بعد الممات للحاجة كما فى الأعيان • فالموصى كان له أن يوصى بالعين والمنفعة معا • فاذا أوصى بالمنفعة فقط وهى أقل ، فله ذلك •

٢ ـ المجوز للوصية بالمنافع الحاجة • والحاجة تشمل الموصى والموصى له فالموصى محتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه ، والموصى له محتاج الى قضاء حاجته بأى شىء كان •

٣ ـ الموصى اذا كان قد أوصى بالمنفعة فانما فعل ذلك استنادا الى اجازة الشارع الذى اعطاه حق التصرف فى ثلث ماله فى آخر عمره لمن شاء (٢) •

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٤٤٢ ، تذكرة الفقهاء لجمال الدين محمد بن يوسف الحلى جـ ٢ ص ٤٠٥ •

(٢) انظر فى كل ذلك : المبسوط جـ ٢٧ ص ١٨٠ ، والتبيين للزيلعى ومعه حاشيته جـ ٦ ص ٢٠٢ (فقه حنفى) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٣٦٢ • (فقه مالكى) تحفة المحتاج هامش جـ ٧ ص ٦٠ من حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى عليها (فقه شافعى) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٩ (فقه حنبلى) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٤٩٠ ، ٤٩١

واستدل الظاهرية والامامية على عدم صحة الوصية بالمنافع بما يأتى :

أولا : ان الموصى به (المنفعة) منتقل الى ملك الوارث لأن المنافع تحدث في ملكهم بعد موت المورث لأن الرقبة ملكهم وملك المنافع تابعة لملك الرقبة فتكون المنافع حادثة على ملكهم • فتكون الوصية بالمنافع وصية بمال الغير (الورثة) فلا تصح • وهى فى ذلك كالاجارة لا تصح اذا كانت من غير المالك •

ثانيا : الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة • اذ الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك • والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما أثر فى بطلان العقد على المنفعة بعد صحته فلأن يمنع من الصحة أولى لأن المنع أسهل من الرفع •

وناقش جمهور الفقهاء دليل أصحاب هذا المذهب فقالوا :

ليس فى الوصية بالمنافع تمليك الانسان ما لا يملك بل الواقع أن الموصى بوصيته يملك الموصى له ما يملكه ، وذلك لبقاء الأعيان بمنافعها على حكم الموصى بعد وفاته بالنسبة لأعيانها وتتبعها فى ذلك منافعها فتكون كذلك على ملكه • وبذلك ينفذ تصرفه فيها بالوصية على أنها ملك له • ولذلك يستوفيها الموصى له على ملك الموصى كما يستوفى الموقوف عليه منافع العين الموقوفة على حكم ملك الواقف ولهذا اذا مات الموصى له بعد موت الموصى فالمال الموصى

= (فقه زيدى) شرائع الاسلام فى الفقه الجعفرى ج ١ ص ٢٦١ (فقه امامى) أحكام الأسرة للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ج ٥ ص ١٨٠

به الى ورثة الموصى لا الى ورثة الموصى له لأن الموصى انما أوجب الحق للموصى له لا لورثته ·

ويترجح فى نظرى مذهب الجمهور أولا : لقوة دليله ·

ثانيا : ان أدلة مشروعية الوصية لم تفرق بين الوصية بالمنافع وغيرها من أنواع الوصية · ولو كانت الوصية بالمنافع غير جائزة لنص عليها الدليل ·

ثالثا : ان رأى المخالفين يفوت على الناس تحقيق رغباتهم من البر والصلة والاحسان وهذا ما ييسره جواز هذه الوصية ·

(والله أعلم)

---

(١) انظر فى أدلة المخالفين للوصية بالمنافع ومناقشتهم لهذه الأدلة :
البدائع جـ ١٠ ص ٤٨٨٧ ، المبسوط جـ ٢٧ ص ١٨١ ، ١٨٢ ·
المحلى جـ ١٠ ص ٤٤٢ ·

المطلب الثالث

الوصيـــة بالســـكنى

الوصية بالسكنى اما أن تكون مطلقة عن الوقت أو مقيدة بالوقت • وفـــى كل اما أن تكون لمعين كزيد ، أو غير معين كفقراء المسلمين •

فاذا كانت الوصيـة بالسكنى مطلقة وهى لمعين فقد ذهب الســـادة الحنفية الى أن الموصى له ينتفع بسكنى الدار ما عاش فاذا مات انتقلت السكنى الى ملك صاحب العين وهم ورثة الموصى لبطلانها بموت الموصى له •

ويشترط لانتفاع الموصى له بالسكنى أن تكون العين الموصى بسكناهـــا تخرج من ثلث ماله فان كانت لا تخرج من ثلث ماله فان الوصية لا تجوز الا فى قدر ما تخرج العين من ثلث ماله •

فان لم يكن له سوى هذه الدار الموصى بسكناها فان الموصى له يسكـن ثلثها وورثة الموصى يسكنون ثلثيها ما دام الموصى له حيا فان مات الموصى لـه ترد اليهم المنفعة كاملة •

وان كانت الوصية بالسكنى مطلقة ولغير معين ففى جوازها خلاف فـــى المذهب الحنفى حيث يرى الامام أبو حنيفة (رضى الله عنه) عدم جواز هـذه الوصية • ويرى صاحباه جوازها •

أما اذا كانت الوصية بالسكنى مؤقتة بمدة محددة كسنة مثلا فينظر هـــل للموصى مال آخر غير هذه الدار التى أوصى بسكناها أم لا ؟

فان لم يكن له مال غير هذه الدار التى أوصى بسكناها سنة معينة كسنة

١٣٩٩ هـ فان أجاز الورثة هذه الوصية سلمت الدار الى الموصى له ليسكنها السنة المذكورة وإن لم يجزها الورثة قسمت الدار بين الموصى له والورثة أثلاثا ثلثها للموصى له ، وثلثاها لورثة الموصى .

وإن أوصى بسكناها سنة غير معينة ، فان الدار تسلم للموصى له ليسكنها اذا أجاز ذلك الورثة فان لم يجيزوها قسمت الدار أثلاثا يسكن الموصى له ثلثها لمدة ثلاث سنوات ، فاذا انتهت المدة المذكورة رد الثلث الى الورثة وتكون بذلك الدار جميعها للورثة .

اما ان كان له مال غيرها فان كان الثلث يسع هذه الوصية سلمت الدار الى الموصى له ليسكنها السنة المحددة وإن كان الثلث لا يسع هذه الوصية فان أجازها الورثة سلمت الدار للموصى له ليسكنها السنة المحددة وإن لم يجيزوها فانه يسكن بمقدار الثلث على حسب التفصيل المتقدم .

وإن عين الموصى السنة التى أوصى بسكنى داره للموصى له خلالها فمضت تلك السنة قبل وفاة الموصى فان الوصية تبطل لفوات السنة المذكورة قبل وفاة الموصى ، لأن الوصية لا تنتج أثرها الا بعد وفاة الموصى .

واذا مات الموصى فى أثناء تلك السنة المعينة فان الوصية تبطل فيما مضى قبل وفاته أما ما بقى من السنة بعد وفاته فان الوصية بالسكنى لا تبطل فيه بل يكون للموصى له الحق فى سكنى الدار فى المدة الباقية حتى تمضى هذه المدة (١) . هذا من مذهب الأحناف وقريب منه فى

---

(١) انظر فى مذهب الأحناف :
بدائع الصنائع جـ ١٠ من ص ٤٨٨٨ الى ص ٤٨٩١ .

بعض هذه الأحكام مذهب الزيديـة [١].

أما السادة المالكية فقد ذهبوا الى أنه اذا كانت الوصية بالسكنى لدار معينة [٢] مطلقة فان الموصى له يستحق الثلث .

واذا كانت الوصية بالسكنى مؤقتة فينظر اما أن يحمل الثلث قيمة الوصيـة أولا . فان حملها الثلث تعين تسليم الموصى به للموصى له ليسكنه .

وان لم يحمل الثلث قيمة المعين الموصى بسكناه خير الوارث بين أن يجيز الوصية أو يخلع ثلث جميع التركة من الحاضر والغائب عوضا أو عينا أو غيرهما ويعطيه للموصى له . وبهذا فان للموصى له ثلث جميع ما تركه الموصى [٣] من كل شئ .

ويرى السادة الشافعية : أنه اذا كانت الوصية بالسكنى مطلقة عن التأقيت بزمن معين فان الموصى له يملك سكنى الدار . وله حق تأجيرها ، واعارتها لغيره ، والايصاء بها وتورث عنه بعد موته .

= تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ٢٠١ - ٢٠٣ ، المبسوط ج ٢٧ ص ١٨٢ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٥١٣ ، ٥١٤ ، الفتاوى الهندية ج ٦ ص ١٢٢ .

(١) وانظر في مذهب الزيدية
شرح الأزهار لابى الحسن عبد الله مفتاح ج ٤ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ التاج المذهب لاحكام المذهب ج ٤ ص ٧٨١ .

(٢) المراد بالمعين وغير المعين عند المالكية هو العين الموصى بمنفعتها . وهذا يختلف عما رأيناه فى مذهب الأحناف . اذ أنهم قصدوا بالمعين من غيره . الموصى له . فيكون معينا ان كان لشخص بعينه كزيد . ويكون غير معين ان كان لطلبة العلم مثلا .

(٣) انظر فى مذهب المالكية : مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٣٨٤ حاشية
=

واذا كانت الوصية بالسكنى مؤقتة بوقت معين كسنة أو كحياة الموصى له • فان الموصى له ينتفع بسكنى الدار بنفسه المدة المعينة أو مدة حياتـــه • وليس له أن يؤجر أو أن يعير (١) ولا تورث عنه اذا مات لأن الوصية بالسكنى هنا من قبيل الاباحة وليست تمليكا ويتضح من هذا الذى ذكره الســـادة الشافعية أنهم لا يتفقون مع ما ذهب اليه السادة الأحناف ، لأنهم يجعلـون للموصى له الانتفاع مدة حياة الموصى له فقط فان مات انتقل الحق فى السكنى لورثة الموصى • وسواء كانت الوصية مطلقة أم مؤقتة •

وترتب على ذلك أن منع السادة الأحناف الموصى له من اجارة ماله حـق الانتفاع به (٢) •

ويظهر مما سبق أن السادة الأحناف والسادة الشافعية يتفقون فـــى الحكم اذا كانت الوصية بالسكنى مؤقتة بوقت معين كسنة أو كحياته •

حيث ان الموصى له فى هذه الحالة لا يجوز له تأجير ماله حق استعماله عندهما (٣) •

= الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤١٢ مع الشرح المذكور ، الصاوى على الشرح الصغير جـ ٢ ص ٤٣٣ • مع الشرح المذكور •

(١) على الأصح فى المذهب بالنسبة للاعارة أما غيرها من التصرفات المذكورة فلا تصح قولا واحدا فى المذهب •

(٢) انظر نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٨٣ ، حاشيته الشروانى على تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٦٢ •

(٣) يرى الحنفية أن الموصى له لا يملك التأجير اذا كانت الوصية مقـــيدة بالاستعمال كالسكنى لانه ملكه بالمجان والتمليك بالاجارة تمليك بعـــوض وهذا أقوى من التمليك مجانا ومن ملك الأضعف لا يملك الأقوى • انظر الدر المختار جـ ٥ ص ٦٠٧ •

أما اذا قارنا مذهب المالكية بمذهب الحنفية فاننا نجد أن المالكية يتفقون مع الأحناف فى الرأى اذا كانت الوصية بالسكنى مؤقتة وكان الثلث يسع الوصية لانهم يتفقون على أن الموصى له يتسلم الدار ليسكنها •

أما ان كان الثلث لا يسع ما أوصى به فان الأمر يتوقف على اجازة الورثة فان أجازوها سلمت الدار للموصى له ليسكنها وهذا متفق عليه بينهما •

وان لم يجيزوها فالمالكية يرون أن يعطى الموصى له ثلث كل شئ تركه الموصى •

والأحناف يرون أن الموصى له يسكن بمقدار الثلث فقط •

ويخالف المالكية الأحناف أيضا فى جواز الاجارة من الموصى له • حيث ان الأحناف يمنعون ذلك • أما المالكية فيجيزونه (١)

وذهب السادة الحنابلة والامامية الى أن الموصى له بسكنى الدار تسلم له الدار ليسكنها وذلك اذا كانت هذه الوصية يسعها الثلث • سواء أكانت الوصية مطلقة أم كانت مؤقتة بمدة محددة •

أما ان كان الثلث لا يسع هذه الوصية فان الذى يجوز منها هو ما وسعه الثلث • وأجاز السادة الحنابلة للموصى له بسكنى الدار أن يؤجر ماله سكناه (٢) • وهم فى هذا يخالفون السادة الحنفية فى الوصية بالسكنى — مطلقا — ويوافقون السادة الشافعية فى حالة ما اذا كانت الوصية بالسكنى

---

(١) التاج والاكليل هامش الخطاب ج ٦ ص ٣٨٦ •
(٢) المقنع مع حاشيته ج ٢ ص ٣٨٠ • شرائع الاسلام للحلبى ج ١ ص ٢٦١

مطلقة عن التأقيت ويخالفونهم فى الوصية بالسكنى اذا كانت مقيدة بزمن حيث لم يجز الشافعية الاجارة من الموصى له هنا •

" والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم "

المبحث الثانى

هبـــة السكنى

من المعروف فى باب الهبة أن هناك خلافا بين الفقهاء فى هبة المنافع مستقلة عن الذات ، ولما كانت السكنى منفعة من المنافع فان الخلاف ينسحب عليهـــا •

وقبل الكلام فى ذكر هذا الخلاف ودليل كل رأى فيما ذهب اليه نذكـر تعريف الهبة ثم دليـل مشروعيتها • وبذلك يكون كلامنا فى هذا المبحث فى المطالب الآتيـــة :

المطلب الأول : تعريف الهبـــة •

المطلب الثانى : دليل مشروعيتها •

المطلب الثالث : هبة الســكنى •

المطلب الرابع : حيازة السكن فى الهبـــة •

المطلب الأول

التعريف بالهبة

جاء في المصباح المنير (١) وهبت لزيد مالا أهبه أعطيته بلا عوض يتعدى الى الأول باللام وفي التنزيل " يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور " (٢) ...

وزيد موهوب له والمال موهوب واتهبت الهبة قبلتها واستوهبتها سألتها وتواهبوا وهب بعضهم لبعض " فيؤخذ من هذا أن الهبة في اللغة : اعطاء الشيء بلا عوض (أي على سبيل التبرع) ويسمى المعطى واهبا ، والمعطى موهوبا له والشيء المعطى ، موهوبا وقد تطلق الهبة على الشيء الموهوب نفسه ويكون هذا من باب اطلاق التصرف على محله ، وهذا شائع استعماله في كثير من التصرفات ومنه اطلاق الوقف على الشيء الموقوف سواء أكان عينا ، أم منفعة ، واطلاق العارية على الشيء المعار ، وغير ذلك كثيرا .

تعريف الهبة في الشريعة :

عرفت الهبة في الشريعة بعدة تعريفات لا تخرج عن معنى واحد وهو " تمليك العين في حال حياة الواهب بلا عوض " (٣) .

---

(١) المصباح المنير للفيومي ج ٢ ص ١٥٠ ، ١٥١ .
(٢) من آية ٤٩ في سورة الشورى .
(٣) فقد عرفها السادة الحنفية بأنها " تمليك العين للحال " بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٦٧٧ وعرفها السادة المالكية : بأنها " تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض " حاشية الشيخ على العدوي ج ٢ ص ٢١٤ .

المطلب الثانى

مشـــروعية الهبـــة

الهبة عقد من العقود الجائزة شرعا وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة والاجماع فأما الكتاب فقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " (١) واباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة (٢) .

وقوله تعالى : "واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها " (٣) والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والأول أظهر ، فان قوله "أو ردوها " يتناول ردها بعينها ، وانما يتحقق ذلك فى العطية (٤) .

= وعرفها السادة الشافعية بأنها " تمليك العين بلا عوض فى الحياة" تحفة المحتاج هامش ج ٦ ص ٢٩٦ من حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى عليها . وعرفها السادة الحنابلة : بأنها " التبرع بتمليك ما له المعلوم الموجود فى حياته غيره " الروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتى ج ٢ ص ٢٤١ .

(١) آية ٤ من سورة النساء .

(٢) المبسوط لشمس الأئمة السرخسى ج ١٢ ص ٤٨ .

(٣) آية ٨٦ من سورة النساء .

(٤) المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ٤٧ ، ٤٨ وجاء فى أحكام القرآن للامام الجصاص ج ٢ ص ٢١٧ عند تفسيره لقوله تعالى " واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها "أن أهل اللغة يقولون التحية الملك . ومنه قول الشاعر :

أسير به الى النعمان حتى ∴ أنيخ على تحيته بجند

يعنى على ملكه . ومعنى قولهم حياك الله أى ملكك ويسمى السلام تحية أيضا لأنهم كانوا يقولون : حياك الله فأبدلوا منه بعد الاسلام

=

دليل الهبة من السنة :

روى أبو داود [١] عن عائشة أن النبي (صلوات الله وتسليماته عليه) كان يقبل الهدية ويثيب عليها " وهذا يدل على جواز الهبة ، اذ لو لم تكن كذلك لما قبلها النبي (صلى الله عليه وسلم) ٠

وقد أجمع علماء المسلمين على جواز الهبة لانها من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان ٠

المطلب الثالث

أقوال الفقهاء في هبة السكنى

الدار الموهوبة أما أن يكون الايجاب [٢] فيها بلفظ مطلق كقول الواهب لشخص آخر وهبت لك داري أو ملكتك عمارتي ٠ ففي هذه الحالة تكون الدار للموهوب له اذا تمت الهبة مستوفية للشروط والأركان اللازم توافرهما فيها ٠ وعليه فان للموهوب له سكنى الدار لأنها ملكه ومن حق المالك أن يسكن في ملكه كما يجوز له أن يسكنها لغيره بالأجارة أو بالاعارة ٠ غير أن ملكية

= بالسلام وأقيم مقام قولهم حياك الله فاذا حملنا قوله تعالى "واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها " على حقيقته أفاد أن من ملك غيره شيئا بغير بدل فله الرجوع فيه ما لم يثبت منه " انتهى منه ٠

(١) سنن أبي داود هامش جـ ٣ ص٢٠٧ من الزرقاني على صحيح الموطأ ٠

(٢) وهو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين ٠ والقبول ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر ٠ ويرى بعض الفقهاء أن الايجاب هو ما يصدر عن المالك وهو هنا (الواهب) والقبول : ما يصدر عن المملك ٠ وهو هنا (الموهوب له) وذلك بصرف النظر عن وجود احدى العبارتين قبل الأخرى أو بعدها ٠

الموهوب له غير لازمة لجواز الرجوع (١) للواهب وأن كان ذلك معيبا وقبيحا فاذا كان الايجاب فيها مقرونا بقرينة • فهذه القرينة أما أن تكون وقتا أو شرطا أو منفعة فان كانت القرينة وقتا كقول الواهب أعرتك فهذا ما يسميه الفقهاء بالعمرى وهى بضم العين وسكون الميم مقصورة مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفا لها وأفردت عن الهبة اشارة للفرق بينهما اذ الهبة تمليك للذات عند جميع الفقهاء وأما العمرى فالجمهور على ذلك وبعض الفقهاء على أن العمرى تمليك للمنافع • وحصل من مجموع ما قيل فى العمرى ثلاثة أحوال :

الأول : أن يقول أعمرتكها ويطلق وتسمى بالمطلقة

الثانى : أن يقول هى لك ما عشت فاذا مت رجعت الى وتسمى بالمقيدة

الثالث : أن يقول هى لك ولعقبك من بعدك وتسمى بالمعقبة

فالثلاث المذكورات أحوال العمرى وهذه الصور يرى بعضهم أنها هبة للمنافع دون الذات ويرى البعض الآخر انها هبة للذات وهى للمعمر له حياته ولورثته بعد مماته •

وقد انقسم الفقهاء بادئ ذى بدء فى جواز العمرى أو هبة المنافع مستقلة عن الذات بدون عوض مدة مؤقتة • سواء أكان التأقيت بحياة الواهب •

---

(١) يجوز للواهب الرجوع فى هبته لانه قد يعطى الهبة لغرض من الأغراض فلا يتم ذلك الغرض فيرجع فى هبته • على أن هذا الرجوع مقيد بما اذا لم يكن أخذ الواهب عليها عوضا أو كانت الهبة لقريب له رحم محرم • أو كانت لأحد الزوجين من الآخر أو بموت أحد العاقدين أو بهلاك العين أو بخروج الموهوب من ملك الواهب •

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٨ ص ٣٦٧٢ (فقه حنفى) الوجيز للغزالى جـ ١ ص ٢٤٩ (فقه شافعى)•

أو الموهوب له ، ثم ترجع الذات الى الواهب بعد استيفاء المنافع فى المدة المقدرة • وذهبوا فى ذلك الى اتجاهين رئيسين •

الأول : وهو اتجاه جمهور الفقهاء (من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والامامية والأباضية) (١) ذهب الى أن العمرى هبة تامة صحيحة للذات ولا تنصرف الى المنافع مستقلة عن الذات •

فالموهوب له (المعمر) يملكها كسائر ما له •

والثانى : هو اتجاه المالكية (٢) ـ ذهب الى أن العمرى هبة للمنافع دون الذات •

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٨ ص ٣٧٦٢ (فقه حنفى) ، الوجيز للغزالى ج ١ ص ٢٤٩ (فقه شافعى) ، المقنع لابن قدامة ج ٢ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ (فقه حنبلى) ، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٥٤ (فقه ظاهرى) ، شرائع الاسلام للمحلى ج ١ ص ٢٥٢ (فقه امامى) شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف اطفيش ج ٦ ص ٦٥ ، ٦٦ (فقه أباضى) وبرأى جمهور الفقهاء قال جماعة من التابعين (رضوان الله عليهم أجمعين) منهم سيدنا على بن أبى طالب ، وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو ابن عباس وصح عن جابر بن عبد الله فى أحد قوليه : وعن شريح وقتادة وعطاء بن أبى رباح ومجاهد وطاوس وابراهيم النخعى والثورى • انظر المحلى ج ١٠ ص ١٥٥ ، وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٥٨ •

(٢) كفاية الطالب الربانى للامام أبى الحسن هامش ج ٢ ص ٢٢٤ من حاشية العدوى عليه ومواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٦٢ • ويقول المالكية قال : القاسم بن محمد بن يحى بن سعيد الأنصارى ، والليث • انظر المحلى ج ١٠ ص ١٥٦ •

وقالو : ان كانت العمرى (١) مقيدة بأجل كقولك أعمرتك هذا الدار سنة أو عشرة أو حياتى أو حياتك كانت على ما أعطى • وان اطلق ولم يقيد كانت محمولة على عمر المعطى حتى يقول عمرى أو حياتى وأن أعقبها فقال : أعمرتكها أنت وعقبك لم ترجع اليه الا أن ينقرض العقب • قال ابن جزى فى القوانين : العمرى جائزة اجماعا وهى أن يقول أعمرتك دارى •••

••• فهو قد وهب له منفعتها فينتفع بها حياته فاذا مات رجعت الى ربها وان قال لك ولعقبك • فاذا أنقرض عقبه (٢) رجعت الى ربها والى ورثته " (٣)

وقد استدل جمهور الفقهاء بما يأتى :

أولا : ماروى عن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) انه قال " من أعمر عمرى فهى لمن أعمرها جائزة • ومن أرقب رقبى فهى لمن ارقبها جائزة ومن وهب هبة ثم عاد فيها فهو كالعائد فى قيئه " (٤)

---

(١) عرف ابن عرفة المالكى العمرى بقوله : تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض انشاء • خرج بقوله "منفعة "اعطاء الذات • وخرج بقوله "حياة المعطى "الحبس والعارية • وخرج بقوله "بغير عوض "ما اذا كان ذلك بعوض فى اجارة فاسدة حينئذ وخرج بقوله "انشاء "الحكم باستحقاق العمرى (انظر الصاوى على الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٧٥)

(٢) عقبه بكسر القاف ويجوز اسكانها مع فتح العين وكسرها اولاد الانسان ما تناسلوا (الزرقانى ج ٣ ص ٢١٩) •

(٣) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٩١ •

(٤) مسند الامام احمد ج ٤ ص ٢٣٥١ طبعة دار المعارف بمصر • والرقبة هى ان يقول الرجل للرجل قد وهبت لك هذه الدار فان مت قبلى رجعت الى وان مت قبلك فهى لك • أنظر (هامش مسند الامام احمد للاستاذ احمد شاكر ج ٤ ص ٢٢٥١) •

ثانيا : ما روى عن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال : "امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فان من اعمر عمرى فهى للذى اعمرها حيا وميتا ولعقبه " (١) .

ثالثا : وبما روى عن الرسول صلوات الله وتسليماته عليه "انه قال : "لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا أو أرقبه فهى له حياته ومماته " (٢) .

فهذه الاحاديث فى جملتها تدل على جواز هبة الذات دون هبة المنافع مستقلة عن الذات التى ترجع الى صاحبها بعد مدة معينة . سواء أكانت تلك المدة مقيدة بحياة الواهب أم بحياة الموهوب له .

وعلى ذلك فان التأقيت يبطل ، ولا تنتقل الرقبة الى المعمر بل هى للمعمر حيا وميتا . وانما بطل التوقيت لان عقد الهبة يقتضى التمليك فى الحال على جهة التأبيد والتوقيت تقييد لمقتضى العقد فيطل التوقيت وبقى العقد صحيحا (٣) .

واستدل المالكية بما يأتى :

أولا : يقول الله تعالى : " هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها " (٤)
وقوله تعالى : "أنا نحن نرث الارض ومن عليها " (٥)

---

(١) صحيح الامام مسلم بشرح النووى ج ١١ ص ٧٢ .
(٢) نيل الاوطار للشوكانى ج ٦ ص ١٦ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٦٧٣ .
(٤) آية ٦١ من سورة هود .
(٥) آية ٤٠ من سورة مريم .

قالوا : استعمركم فيها بمعنى أعطاها لكم على سبيل العمرى ثم بعد ذلك تؤول اليه مرة أخرى فيكون الأمر كذلك فى كل من أعمر عمرى (١) .

ثانيا : بقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم "المسلمون على شروطهم "(٢) فالمعمر متى اشترط فى لفظه شرطا وهو أن تكون الدار عمرى حياته أو حياة عقبه ثم بعد ذلك تعود اليه فيجب أن ترجع اليه عملا بهذا الشرط .

ثالثا : روى عن طريق ابن وهب أنه قال : "بلغنى عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق أن عائشة أم المؤمنين (رضى الله عنها) كانت تعمر بنى أخيها حياتهم فاذا انقرض أحدهم قبضت مسكنه فورثنا نحن ذلك كله اليوم عنها " (٣)

رابعا : بما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما "انه ورث حفصه بنت عمر وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب دارها المذكورة ما عاشت فلما توفيت بنت زيد بن الخطاب قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنه له " (٤).

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٥٦ .
(٢) نيل الاوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .
(٣) المحلى ج ١٠ ص ١٥٦ ، ص ١٥٧ .
(٤) الزرقانى على صحيح الموطأ ج ٣ ص ١٢٢ لكن الزرقانى أعقب هذا الكلام بقوله "لكن فى التمهيد هذا ما رواه معمر عن ايوب عن حبيب بن ابى ثابت قال سمعت عن ابن عمر وسأله اعرابى اعطى ابنه ناقة له حياته فأنتجها فكانت له فقال ابن عمر هى له حياته وموته قال أفرأيت ان كان =

فهذا دليل على أن العمرى ترجع بعد موت المعمر الى المعمر أو ورثته كما فعل عبد الله بن عمر (رضى الله عنهما) •

خامسا : لكل هذا يقول ابن عبد البر : " ومن احسن ما احتجوا به أن ملك المعطى المعمر ثابت باجماع قبل أن يحدث العمرى فلما أحدثها اختلف العلماء : فقال بعضهم قد أزال لفظه ذلك ملكه عن رقبته ما أعمره • وقال بعضهم • لم يزل ملكه عن رقبة ماله بهذا اللفظ فالواجب بحق النظر الا يزول ملكه الا بيقين وهو الاجماع لأن الاختلاف لا يثبت به يقين وقد ثبت الاعمال بالنيات ، وهذا الرجل لم يرد بلفظه ذلك اخراج شئ عن ملكه وقد اشترط فيه شرط فهو على شرطه لحديث " المسلمين على شروطهم " (١).

وقد ناقش جمهور الفقهاء أدلة المالكية فقالوا :

أولا : إن الاستدلال بالآية أبعد شئ من التوفيق لوجوه :

أولها : أنهم قاسوا حكم الناس على حكم الله تعالى فيهم وهذا باطل لان الله تعالى يقتل الناس ولا ملامة عليه ويجيعهم ويضربهم بالمرض ولا ملامة عليه • ولا يجوز عند أحد قياس المخلوق على الخالق •

ثانيها : انهم موهوا وقلبوا الآية لأننا لم ننازعهم فيمن أعمر آخر ما

= تصدق عليه قال فذلك أبعد له ، يدل على أن مذهب ابن عمر أن العمرى خلاف السكنى وعليه الاكثر " انتهى منه • وهذا يؤيد ما رواه ابن حزم عن ابن عمر •

(١) الزرقانى على صحيح الموطأ جـ ٣ ص ٢٢٠ •

مالا له ولم يقل الله تعالى قد أعمرتكم الارض انما قال انه استعمرنا فيها بمعنى أنه عمرنا بالبقاء فيها مدة وليس هذا من العمرى فى ورد ولا صدر .

ثالثها : ان هذه الآية لو جعلناها حجة عليهم لكان ذلك أوضح مما موهوابه وهو أن الله تعالى بلا شك أباح لنا بيع ماملكنا من الأرض وجعلها لورثتنا بعدنا وهذا هو قولنا فى العمرى لا قولهم فظهر فساد ما يأتون بلا علانية ويطل هذا القول يقينا " (١)

ثانيا : والاستدلال بحديث " المسلمون على شروطهم " باطل لان هذا الخبر فاسد ثم لو صح لكان المالكية أول المخالفين له ، لانهم يبطلون من شروط الناس اكثر من الف شرط كمن باع بشرط أن يقيله الى يومين . فكيف وهذا الشرط (يعنى رجوع العمرى الى المعمر أو ورثته) شرط جاءت السنة بابطاله .

ثالثا : أن الاستدلال بفعل عائشة (رضى الله عنها) للعمرى باطل لان هذا الخبر مرسل وأن عبد الرحمن بن القاسم وأباه القاسم وجده محمد لم يرثوا عائشة ولا صار اليهم بالميراث عنها شيئا لأن محمدا قتل فى حياتها قبل موتها بنحو عشرين سنة وإنما ورثها عبد الله بن عبد الرحمن فقط ، لأنه كان ابن شقيقها فحجب (٢) القاسم بن

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص١٥٧ ، ص١٥٨ .
(٢) الحجب لغة المنع : وشرعا " يمنع الشخص من الميراث كله أو بعضه مع أهليته له " انظر الاحوال الشخصية للاستاذ الدكتور / محمد مصطفى
=

محمد . ولو صح ذلك لكان قد خالفها ابن عباس وابن عمر وجابر وزيد ابن ثابت (١).

رابعا : أن الاستدلال بقصة عبد الله بن عمر (رضى الله عنه) فى غير موضعها لأنها فى السكنى وهى خلاف العمرى (٢) .

خامسا : ان ما استدلوا به من قول ابن عبد البر مبنى على حديث " المسلمون على شروطهم " وتقدم ما قاله ابن حزم فى هذا الحديث .

هذا بعد أن ذكرنا الكلام عن آراء الفقهاء عن جواز العمرى نذكر كلامهم فى جواز الرقبة وهى صورة من الصور التى يقترن فيها الايجاب بالشرط فنقول : وبالله تعالى التوفيق .

اذا كان الايجاب بلفظ مقرون بشرط فهذا الشرط اما أن يكون منافيا لمقتضى العقد أولا . فان كان منافيا لمقتضى العقد كأن شرط عليه أن لا يبيعها أولا يهبها فان العقد والشرط باطلان .

وان كان الشرط ليس منافيا لمقتضى العقد فان الهبة تكون صحيحة ويكون الشرط باطلا وهذا أمر متفق عليه .

= شحاتة الحسينى ص١٠٨ طبع مطبعة التأليف بالمالية بمصر سنة ١٣٨٧ هـ . سنة ١٩٦٨ م .

(١) المحلى جـ ١٠ ص١٥٧ .

(٢) الزرقانى صحيح الموطأ جـ ٣ ص ٢٢١ وسيأتى الكلام عن الفرق بين العمرى والسكنى .

أما إن قال له أرقبتك هذا الدار ، أو داري لك رقبة بمعنى ان مت قبلي عادت الي وأن مت قبلك استقرت لك [1].

فقد اختلف في ذلك [2] . فمن عده من قبل الشرط المنافي لمقتضى العقد قال ان العقد والشرط باطلان . ومن لم يعده من ذلك قال : إن العقد صحيح والشرط باطل فالى الأول ذهب المالكية والشافعية في المذهب القديم ، وأبو حنيفة ومحمد من الأحناف وعليه فتكون الرقبة عند هؤلاء باطلة .

والى الثاني ذهب الحنابلة والظاهرية والامامية ، والأباضية والشافعية في الجديد ، وأبو يوسف من الأحناف .

وعليه فان الرقبة صحيحة والشرط ملغى . واستدلوا على ذلك :

بقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : لا ترقبوا ولا تعمروا فمن أرقب

---

(١) أي أن محل الخلاف أن تكون الرقبة بمعنى الارتقاب أي أن كلا منهما يرقب موت صاحبه فان كانت الرقبه بمعنى العمرى فهذه لم يمنعها أحد ويجري عليها الأحكام التي ذكرناها في العمرى ومثل التي تكون بمعنى الارتقاب هي ان يكون لشخصين داران لكل دار فيقول كل واحد منهما لصاحبه ان مت قبلي فهما لي وان مت قبلك فهما لك . انظر الزرقاني على صحيح الموطأ ج ٣ ص ٢٢٠ .

(٢) انظر البدائع ج ٨ ص ٣٦٧٣ (فقه حنبلي) الصاوي على الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٧٦ . (فقه مالكي) تحفة المحتاج ج ٦ ص ٣٠٢ (فقه شافعي) المقنع لابن قدامة المقدسي ج ٢ ص ٣٣٦ (فقه حنبلي) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٥٤ (فقه ظاهري) شرائع الاسلام للحلي ص ٢٥٢ (فقه امامي) شرح النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٦٥ (فقه أباضي) .

شيئا أو أعمره فهو لورثته [1] أى لا ترقبوا ولا تعمروا طمعا فى أن يعود اليكم فان سبيله الميراث • وقالوا "ان قوله دارى لك تمليك العين لا تمليك المنفعة • ولما قال رقبة فقد علقه بالشرط وهو لا يحتمل التعليق • فبطل الشرط وبقى العقد صحيحا ولهذا لو قال : دارى لك عمرى انه تصح الهبة ويبطل شرطا المعمر كذا هذا •

أما وجهة أبى حنيفة ومن معه فى أن هذا الشرط تعليق للتمليك على الخطر لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته ، وذلك غير معلوم والتمليكات مما لا يحتمل التعليق بالخطر فلهذا بطل العقد والشرط معا •

أما الحالة الأخيرة من حالات اقتران الايجاب بقرينة فهى حالة اقتران الايجاب بمنفعة من المنافع ونقصد منها اقترانه بالسكنى • كما لو قال سكنى هذه الدار لك •

وهبة السكنى لم يتفق الفقهاء على احكامها ، وذلك لان بعضا منهم رأى أن السكنى تخالف العمرى فى كونها هبة للذات والسكنى هبة للمنفعة وبعضا منهم رأى أن السكنى كالعمرى فى أن كلا منها هبة منافع •

وعلى هذا فاننا سنبين آراء الفقهاء فى هبة السكنى من حيث جوازها وهل يتقيد الواهب بمدة فيها أم له الرجوع متى شاء ؟ وما هى نتيجة التفريق بين العمرى والسكنى ؟

هبة السكنى • تجوز عند جمهور الفقهاء • ويرى بعض

---

(١) سنن أبى داود جـ ٢ ص ١١١ •

الاباضية أنها لا تجـــوز [١].

وهبة السكنى باتفاقهم جميعا هبة للمنفعة دون الذات أى أن التمليـك يتجه فيها للمنفعة دون الذات وهناك خلاف بين الفقهاء فى الوقت الـــذى يجوز فيه للواهب استرجاع السكنى . ومبنى هذا الخلاف هو اختلافهم فــى طبيعة حق المسكن .

فمن رأى أن المسكن كالمستعير - أى أن هبة السكنى هى فى نظـــر اصحاب هذا الرأى من قبيل العارية ، لانه لما ذكر السكنى فى الايجاب دل على أنه اراد تمليك المنافع وتمليك المنافع بغير عوض هو تفسير العارية - قال يجوز للواهب فى هبة السكنى الرجوع متى شاء ولا يتقيد فى الرجوع بوقـــت معين .

وأصحاب هذا القول هم السادة : الحنفية ، والسادة : الشافعيـــة ، فى أحد قولين عنهم ، والسادة : الحنابلة .

ومن رأى أن المسكن كالمعمر قال ان هذه الهبة لا يجوز للواهب فيهـــا أن يسترجع السكنى الا بعد موت المسكن . فان مات المسكن قبل مـــوت المسكن فان السكنى ترجع بعد موته الى ورثة المسكن . وأصحاب هذا القول هم : المالكية ، وهو القول الثانى عن السادة : الشافعية [٢].

---

(١) اعتبروا ذلك من قبيل الوصية بالمنافع والوصية بالمنافع فيها خلاف بـــين علماء المذهب . انظر شرح النيل وشفاء العليل جـ ٦ ص ٦٦ .

(٢) انظر فى مذاهب الفقهاء : بدائع الصنائع للكاسانـــى جـ ٨ ص ٣٦٧٣ (فقه حنفى) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٩ (فقه شافعى) المقنع لابـــن قدامة المقدسى ، جـ ٢ ص ٣٣٦ مع حاشيته (فقه حنبلى) مواهـــب

=

وسلك الامامية مسلكا وسطا بين المذهبين المتقدمين ، لأنهم يرون أن السكنى كالعمرى لكنها تلزم أن أقتت بأمد مضبوط أو عمر أحدهما • فان لم توقت جاز الرجوع فيها متى شاء •

المطلب الرابع

حيازة المسكن فى الهبة

من المقرر عند جمهور الفقهاء (١) أن ملكية الموهوب لا تثبت للموهوب له الا بالقبض وبشرط أن يكون باذن الواهب •

ويرى المالكية والظاهرية (٢) أن الملكية تثبت بمجرد العقد • غير أن المالكية يرون أن تمام العقد يتوقف على حيازة الموهوب (٣) • ويخالفهم فى ذلك الظاهرية اذ لا معنى للحيازة عندهم • وعليه فتمام العقد عند الظاهرية لا يتوقف الا على مجرد العقد •

والحيازة للمسكن — على رأى المالكية ومن اشترط لاثبات الملكية

= الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٦١ ، ٦٢ (فقه مالكى) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ١ ص ٢٦٩ (فقه امامى) •

(١) انظر المبسوط جـ ١٢ ص٤٨ (فقه حنفى) مغنى المحتاج جـ ٢ص ٤٠٠ (فقه شافعى) المقنع جـ ٢ ص ٣٣٢ (فقه حنبلى) •

(٢) كفاية الطالب الربانى لابى الحسن هامش جـ ٢ ص ٢١٥ (فقه مالكى) المحلى جـ ١٠ ص ٧٤ • (فقه ظاهرى) •

(٣) ويرى المالكية ان الواهب يجبر على تمكين الموهوب له من الحوز ، ولهذا لا يشترط عندهم اذن الواهب للحوز • انظر حاشية الخرشى جـ ٧ ص ١٠٥ •

للموهوب له القبض منه ومن باب أولى الظاهرية — تصبح الهبة نافذة • ويقوم مقام الحوز — التمكن منه باذن الواهب بشرط أن يكون الحائز — الموهوب له — بالغا رشيدا •

وعلى هذا : فاذا وهب شخص لآخر دارا للسكنى فان الموهوب له تثبت له الدار وتصبح نافذة عند جميع الفقهاء يحوز هذه الدار — او بالتمكين له منها — هذا اذ كان الموهوب له بالغا رشيدا •

فان كان الموهوب له محجورا عليه فالذى يحوز الموهوب نيابة عنه — وليه ، لأن للولى ولاية التصرف فى مال المحجور عليه • وقبض الموهوب نوع من هذا التصرف سواء أكان الواهب اجنبيا أم كان الواهب ولى المحجور عليه• لكن ان كان الواهب هو ولى المحجور عليه — الموهوب له — فعليه عند بعض الفقهاء أن يخلى دار سكناه الموهوبة لولده ولا يجوز له سكنى هذه الدار وان سكنها بطلت الهبة (١) عند بعض الفقهاء •

ويرى بعض آخر من الفقهاء أن الأب لو وهب لابنه الصغير دار سكناه وهو ساكن فيها أو كانت مشغولة بمتاعه (أى الواهب) فان هذا جائز له ولا يمنع ذلك صحة الهبة فان كان الساكن فيها أحدا غير الاب بأجر فان هذا لا يجوز • فلو كان غير الأب ساكنا بغير أجر فذلك جائز عند هؤلاء الفقهاء كسكنى الأب الواهب (٢) •

---

(١) هذا رأى المالكية • انظر التاج والاكليل للمواق ج ٦ ص ٦٠ من مواهب الجليل للحطاب •

(٢) انظر منحة الخالق على البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٨٨ — وذكر ابن عابدين فى الكتاب المذكور "أن المرأة لو وهبت دارها لزوجها وهى =

وذهب بعض آخر الى انه لابد من خلو الدار الموهوبة من امتعة غير الموهوب له فان كانت مشغولة بها واستمرت فيها فان الهبة لا تصح وسواء كانت موهوبة لاجنبى أو لولده الصغير • ويجوز عند هؤلاء أن يسكن الأب فى دار سكناه الموهوبة لولده المشمول بحجره وعليه أن يدفع اجرة السكنى بعد تمام الهبة (١) •

هذا : وترتب على اشتراط المالكية لصحة هبة الأب لصغار بنيه (٢) انه ان سكن الأب الدار الموهوبة لابنه الصغير فان الهبة تبطل وكذلك تبطل — أيضا — الهبة اذا سكن أكثرها • وهذا اذا استمر فى الحالتين حتى مات •

فان سكن النصف وأكرى النصف صحت الهبة فيما اكراها وبطلت فيما سكنه • وان سكن الأقل واكرى له الأكثر صحت الهبة فى الجميع (٣)•

= ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها يصح كما فى التجنيس" أ •هـ• منه • ومذهب المالكية فى ذلك كمذهب الاحناف اذ يرى المالكية جواز هبة الزوجة دار سكناها لزوجها •

أما هبة الزوج دار سكناه لزوجته فلا يصح عند المالكية لان السكنى للرجل لا للمرأة فانها تتبع لزوجها (انظر الخرشى على المختصر الجليل جـ ٧ ص ١٠٤) •

(١) انظر الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر جـ ٣ ص ٣٦٢ •

(٢) لانهم اشترطوا خلو الدار من نفسه واهله وثقله وأن تعاينها البينة فارغة •

(٣) انظر : التاج والاكليل للمواق هامش جـ ٦ ص ٦٠ من مواهب الجليل •

المبحث الثالث

وقـــف الســـــــكنى

هذا المبحث هو تتمة مباحث فصل التبرع بالسكنى •

ووقف السكنى يتوقف الحكم عليه ، على معرفة حكم وقف المنافع عنـــد الفقهاء ، فان كان ذلك جائزا فان هذا الجواز ينسحب على وقف السكنى •

وفى هذا المبحث لن يقتصر على معرفة حكم وقف السكنى فقط ، بل اننا سنتطرق الى مسائل اخرى فى باب الوقف لها اتصال كبير بهذا الموضوع •

وقبل الخوض فى تفاصيل تلك المسائل يلزمنا ان نتكلم عن تعريف الوقـف ودليل جوازه •

وعلى ذلك فان هذا المبحث يشتمل على المطالب الآتية

المطلب الأول : تعريف الوقف •

المطلب الثانى : مشروعية الوقف •

المطلب الثالث : وقف الســـــكنى •

المطلب الرابع : حق السكنى فى العين الموقوفة •

المطلب الخامس: عمارة الدار الموقوفة للســـــكنى •

---

(١) الغى القانون رقم ١٨٠ والصادر فى سنة ١٩٥٢ ما كان موجودا مـــن الوقف الأهلى وفـك رقبة الاعيان التى كانت قد حبست ولم يبق شيئا مما كان محبوسا الا ما كان على جهات البر والقدر المخصص لها • وبذلـك اصبح الوقف مقصورا على الخيرات فقط • وقد صدرت قوانين اخرى مثـل القانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ المعدلة للقانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الاوقاف الخيرية •

المطلب الأول

تعريف الوقف

أولا : تعريفه فى اللغة : الوقف لغة الحبس والمنع

جاء فى المصباح [١] " وقفت الدابة تقف وقفا ووقوفا سكنت • ووقفتها أنا يتعدى ولا يتعدى • ووقفت الدار وقفا حبستها فى سبيل الله وشىء موقوف ووقف أيضا تسمية بالمصدر والجمع أوقاف مثل ثوب واثواب ووقفت الرجل عن الشىء وقفا منعته عنه وأوقفت الدار والدابة بالالف لغة تميم ••• وأوقفت عن الكلام بالالف أقلعت عنه •••• " أ•هـ• منه •

ومن هذا يظهر أن الوقف يطلق على الحسيات ، كما يطلق على المعنويات، ومثاله فى الحسيات : وقفت الدابة اذا حبست فى مكانها •

وكما يستعمل الوقف أيضا فى المعنويات • كأن تقول أوقفت جهودى لخدمة الوطن [٢] ويطلق الوقف ويراد به معرفة الشىء والدراية به كأن تقول وقفت على حقيقة الامر •

وفى الوقف لغتان : اوقف يوقف ايقافا ووقف يقف وقفا • قال تعالى : " وقفوهم انهم مسئولون " [٣] وسمى الوقف حبسا لانه يجعل الواقف حابسا للعين [٤]

---

(١) المصباح المنير ج ٢ ص١٤٨ •
(٢) احكام الاسرة للاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ج ٥ ص١٨٧ •
(٣) آية ٢٤ من سورة الصافات •
(٤) المبسوط ج ١٢ ص٢٥٧ •

ويراد ف الوقف التحبيس • وأحبس افصح من حبس على ما نقل وحبس هى الواردة فى الاخبار الصحيحة (١) •

ومن الفقهاء من يعبر عنه بالوقف ومنهم من يعبر عنه بالحبس •

ثانيا : تعريف الوقف شرعا :

عرفه ابن عرفه المالكي فقال : الوقف مصدرا • "اعطاء منفعة شيء مدة وجوده" واسما : "ما أعطيت منفعته مدة وجوده لازما بقاؤه فى ملك معطيه ولو تقديرا" (٢) •

وعرفه السادة الشافعية : بأنه "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح موجود" (٣)

وعرفه بعض الحنابلة فقال : "الوقف هو تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره فى رقبته يصرف ريعه الى جهة بر تقربا الى الله تعالى" (٤).

وعرفه بعض الحنفية فقال : "الوقف عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير" (٥) •

ولو تأملنا هذه التعريفات لتبين لنا أن المالكية ـ كما نص ابن عرفه فى

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٥٩ •
(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ١٨ •
(٣) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٥٩ •
(٤) شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤٧٨ •
(٥) المبسوط جـ ١٢ ص ٢٧ •

تعريفه يركزون على المقصود الأساسي من هذا التصرف وهو بذل المنافع التي تستوفى من الشيء الذي حدث له الحبس ومنع عن التصرف فيه من قبل مالكه أو من قبل من تصرف اليه منافعة .

كما اهتم المالكية في تعريفهم بذكر المنفعة وذكر المدة التي تستوفى خلالها المنفعة أما التعريفات عند المذاهب الثلاثة الأخرى فانها قد اتفقت فيما بينها على أن الوقف حبس شيء مملوك . وأهتمت هذه التعريفات بذكر ما يترتب على الوقف من المنع للشيء المملوك عن أن يناله تصرف من التصرفات .

المطلب الثاني

مشروعية الوقف

ثار خلاف بين الفقهاء في مشروعية الوقف وقبل بيان هذا الخلاف نذكر أنه من المتفق عليه بين العلماء أن صرف المنفعة الى الجهة التي عينها الواقف يقر عليه ويجب عليه تنفيذه . وأنه لا خلاف في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافة الى ما بعد الموت .

أما الوقف من حيث انه حبس لشيء مملوك عن التصرف واعطاء منفعة الشيء الى جهة مستحقة ففي جوازه خلاف بين الفقهاء .

فقد انقسم الفقهاء بشأن هذه المسألة الى قسمين :

القسم الأول : ويمثله جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة، والظاهرية ، وبعض الحنفية : وقد ذهب هؤلاء جميعا الى مشروعية الوقف وجوازه مع لزومه ان وقع .

القسم الثانى : ويمثله شريح القاضى ، وأبو حنيفة فى بعض ما يروى عنه .
وقد ذهب الى أن الوقف غير مشروع ولا يصح فان وقع فهو باطل .

الأدلـة :

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى :

أولا : ما روى عن ابن عمر (رضى الله عنهما) قال : "أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فكيف تأمرنى به قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث للفقراء والقربى والرقاب (وفى سبيل الله وابن السبيل) والضيف . ثم أتفقوا لا جناح على من وليها أن يأكل منها من المعروف ويطعم صديقا غير متمول فيه – وفى لفظ – غير متأثل فيه [1] . فهذا التوجيه الكريم من النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) الى عمر بتحبيس أصلها والتصدق بمنفعتها على جهات تصرف لها الزكاة هو بعينه إجازة للوقف الذى هو تحبيس الأصل والتصدق بالثمرة .

ثانيا : ما روى أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال : "اذا مات

---

(١) سنن أبى داود جـ ٢ ص ١٤ . ومعنى (غير متمول فيه) أى غير متخذ منها مالا : أى ملكا والمراد أنه لا يتملك شيئا من رقابها . (وغير متأثل) أثلة كل شئ : أصله . والمعنى غير متخذ أصل المال حتى كأنه عنده قديم .

(أنظر الشوكانى جـ ٦ ص ٢٦) .

الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاثة أشياء من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له " (١) .

فهذا الحديث يفيدنا أن الموت يقطع عمل الانسان الا من ثلاثة أشياء . من هذه الثلاثة الصدقة الجارية أى أن يحبس الانسان مالا للفقراء أو لغيرهم من ذوى الحاجة وينتفعون بهذا المال فينال الميت (صاحب هذه الصدقة) ثوابه من هذا العمل ولما كان الوقف هو حبس العين والتصدق بمنفعتها فيكون هذا الحديث دليلا على جوازه . فهو من باب الصدقة الجارية . لأن هذه الصدقة قائمة مادام الشيء أصل المنفعة قائما .

ثالثا : إن الصحابة ، والتابعين ، ومن بعدهم (رضوان الله تبارك وتعالى عليهم أجمعين) قد تعاملوا به فكان اجماعا (٢)

واستدل اصحاب المذهب الثانى بما يأتى :

أولا : ما روى أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله الى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فجاء أبواه الى النبى (صلى الله عليه وسلم) فقالا : يارسول الله لم يكن لنا عيش الا هذا الحائط فرده النبى (صلى الله عليه وسلم) ثم ماتا فورثهما (٣).

---

(١) سنن أبى داود ج ٢ ص ١٥ .
(٢) انظر المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧٨ ، تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٣٢٥ .
(٣) تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٤ ص ٥٧٥ .

ثانيا : قول ابن مسعود (رضى الله عنه) لا حبس الا فى سلاح أو كراع[1]

ثالثا : بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما لما نزلت سورة النساء قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لا حبس بعد سورة النساء[2]

رابعا : ان الذى أخرج ماله على وجه القربة من ملكه ، لا يلزمه بمجرد القول كالصدقة [3].

وهذه الأدلة التى ذكرها المانعون للزوم الوقف ردها من أجازوه . فقد رد الدليل الأول ابن حزم بأنه منقطع وأنه - لو صح - انما منعه الرسول صلى الله عليه وسلم لأنه قوام عيشهم وليس لأحد أن يتصدق بقوام عيشه ، بل هو مفسوخ إن فعله .

ورد ابن حزم - ما روى عن ابن مسعود فقال : " هذه رواية ساقطة لأنها عن رجل لم يسم " [4] .

وأما الذى روى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقد قال فيه - أيضا - إن هذا الحديث موضوع .

وبيان وضعه أن سورة النساء أو بعضها نزلت بعد أحد يعنى آية المواريث ، وحبس الصحابة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد خيبر وبعد نزول المواريث فى سورة النساء وهذا أمر متواتر جيلا بعد جيل ولو

---

(١) الكراع : الخيل والبغال والأبل مما يستعمل فى الحروب .
(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧٨ .
(٣) تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٤ ص ٥٧٦ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ١٧٨ .

صح هذا الخبر لكان منسوخا باتصال الحبس بعلمه عليه أفضل الصلاة وأتم السلام [١].

وبعد هذه الأدلة لكل فريق ورد الجمهور على المخالفين ، أقول : أن رأى الجمهور هو الأجدر بالقبول لأنه قد تضافر أن الصحابة أوقفوا اموالهم [٢] وفى هذا دليل على الجواز ، لأنه لا يعقل أن يفعل أصحاب الرسول ما لا يجوز فعله شرعا .

المطلب الثالث

وقف السكنى

بيان الحكم فى هذه المسألة يتوقف على بيان الحكم فى وقف المنافع ، لأن السكنى منفعة . ووقف المنافع استقلالا لم يعرفه غير فقهاء المالكية : أما غيرهم فلا يصح عنده وقف المنفعة دون الذات .

وعليه فان وقف السكنى يصح عند المالكية ولا يصح عند غيرهم من الفقهاء . واختلف المالكية . فى وقف الخلو فقد ذهب بعضهم الى صحة وقفه وذهب آخرون الى عدم صحة وقفه . والخلو عندهم هو "اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التى دفع الدراهم فى مقابلتها " [٣].

ووجهة من ذهب الى عدم صحة وقف الخلو هى أنه من ملك المنفعة

---

(١) المرجع السابق ص ١٧٤ .
(٢) الشوكانى جـ ٦ ص ٢٦ .
(٣) فتح العلى المالك من الفتوى على مذهب الامام مالك جـ ٢ ص ٢٥٠ .

ومحل صحة وقف المنفعة اذا لم تكن منفعة حبس لتعلق الحبس بها . وما تعلق الحبس به لا يحبس ، ولو صح وقف منفعة الوقف لصح وقف الوقف واللازم باطل شرعا .

ألا ترى أنه لا يوقف ما فتح من الأرض عنوة ولو لمن أقطعه له الامام لأنها بمجرد الفتح صارت وقفا ، فلا يصح وقفها شرعا وعقلا ومن المعلوم أن كل ذات وقفت انما يتعلق الوقف بمنفعتها وأن ذاتها مملوكة للواقف وبهذا يعلم بطلان تحبيس الخلو .

والذى عليه العمل عند المالكية هو صحة وقف الخلو لأنه يلزم على بطلانه ضياع أموال الناس وكثرة الخصام المؤدى للتفاقم (١) .

ولما كان العمل على ذلك . قال العدوى فى حاشيته (٢) "كالخلوات" أى المنفعة التى هى المسماة بالخلو موقوفة ثم أورد بعد ذلك صور الخلو والتى تتمثل فى ثلاث صور :

الأولى : أن يكون الوقف آيلا للخراب فيكريه ناظر الوقف لمن يعمره بحيث يصير الحانوت مثلا يكون بثلاثين (جنيها) فيجعل عليه لجهة الوقف خمسة عشر (جنيها) ويترك الباقى للبانى فى مقابلة بنائه وبذلك تصير منفعة الوقف مشتركة بين البانى وجهة الوقف ، فما قابل الجنيهات المعروفة من المنفعة هو الخلو فيتعلق به البيع والوقف والارث والهبة ولا يسوغ للناظر اخراجه من الحانوت . ولو وقع عقد الايجار على سنين معينة كتسعين سنة ، ولكن شرط

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٧١ فتح العلى المالك ج ٢ ص ٢٥١ .

(٢) حاشية الشيخ على العدوى هامش ج ٧ ص ٧٩ من شرح الخرشى .

ذلك ألا يكون للوقف ريع يعمر بـه •

الثانية : أن يكون للمسجد مثلا حوانيت موقوفة عليه واحتاج المسجد لتكميل بنائه أو عمارته وليس هناك ريع يكمل به المسجد ويكون كراء الدكان ثلاثين جنيها فى الشهر فيعمد الناظر الى الساكن فى الحوانيت فيأخذ منه قدرا من المال يعمر به المسجد ويجعل عليه خمسة عشر مثلا فى كل شهر والحاصل أن منفعة الدكان المذكورة شركة بين صاحب الخلو والوقف بحسب ما يتفق عليه صاحب الخلو والناظر على وجه المصلحة وذلك على مقتضى فتوى الناظر اللقانى•

الثالثة : أن تكون أرض محبسة فيستأجرها شخص من الناظر ويبنى فيها دارا مثلا على أن على هذا الشخص فى كل شهر لجهة الوقف ثلاثين جنيها ولكن أجرة الدار فى الشهر ستون جنيها فالمنفعة التى تقابل الثلاثين الأخرى يقال لها خلو واذا اشترك فى البناء المذكور جماعة وأراد بعضهم بيع حصته فى البناء فلشركائه الأخذ بالشفعة واذا حصل خلل فى البناء فيكون اصلاح هذا الخلل على الناظر وصاحب الخلو •

فى الصورتين الأوليتين على قدر ما لكل • وفى الأخيرة على صاحب الخلو وحده • ومالك البناء يملك المنفعة وليس ملكه مقصورا على حق الانتفاع• والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع تقدم فى الباب الأول •

نخلص من هذا الذى ذكره المالكية الى أن وقف المنافع جائز فيما يسمى بالخلو أو غيره وأن هذا الحكم وإن كان المالكية قد انفردوا به الا أنهم قد أصابوا فى اجتهادهم هذا ما يهدف اليه الشارع من اجازة الوقف وذلك

أن المقصود من الوقف هو التصدق بالمنافع على جهة البر أو على الفقراء وان كان هذا انما يكون بعد حبس العين لكنه لغرض الاحسان وهذا المعنى هو نفس المراد من وقف المنافع • وطالما كان الهدف واحدا فيكون وقف المنافع جائزا منه شرعا •

والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المطلب الرابع

حق السكنى فى العين الموقوفه

من وقفت عليه دار للسكنى فاما ان يكون واحدا بعينه أو يكون متعددا فان كان الموقوف عليه واحدا بعينه فله سكناها (أى الدار) مدة حياته بأهله وخدمه وحشمه •

ولا يجوز له أن يسكنها غيره بأجر لانه انما تملك السكنى بلا بدل فلا يصح له تمليكها ببدل وهو الاجارة •

وعلة منعه من التأجير عند بعض الفقهاء هى أن الموقوف عليه يجب عليه العمل بمقتضى شرط الواقف • وعليه فاذا أجر من له السكنى كان قد أخل بشرط الواقف وهذا لا يصح • واذا منع من له السكنى من الاجارة فهل يمنع من الاعارة ؟

والفرق بينهما معروف حيث ان الاجارة تكون فيها تمليك المنفعة ببدل اما الاعارة فتمليك المنفعة فيها بغير بدل •

اختلف الفقهاء في جواز اعارة من له السكنى (١).

فذهب السادة الاحناف الى أنه يجوز لمن له السكنى أن يسكنها غيره بغير عوض.

ووجهتهم في ذلك أن من له السكنى انما منع من الاجارة لانها تمليك المنفعة ببدل. أما ما ليس ببدل كالاعارة فلا مانع منه لانه تصرف بلا بدل يعني مجانا.

وذهب السادة المالكية، والشافعية، والحنابلة، والامامية الى أن من له السكنى لا يجوز له الاعارة.

واختلف أصحاب هذه المذاهب في علة هذا الحكم.

فيرى: المالكية، أن سبب المنع من الاعارة لمن له السكنى هو أنه لا يملك الا الانتفاع والعارية لا تصح عند المالكية الا من مالك المنفعة.

ويرى: السادة الشافعية، والسادة الحنابلة: أن العلة في منع من له السكنى من الاعارة هو وجوب العمل عليه بمقتضى شرط الواقف. والواقف قيد الوقف بالسكنى للموقوف عليه فلا يجوز لغيره أن يسكنه.

---

(١) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق جـ ٣ ص٣٢٨، منحة الخالق على البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٣٥ (فقه حنفي)، والدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٧١، والشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٩٤ (باب العارية) (فقه مالكي) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٠ (فقه شافعي) كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٥١ (فقه حنبلي)، تذكرة الفقهاء جـ ٢ ص ٤٤٠ (فقه امامي).

وينتقل حق من له السكنى بعد موته الى ولده ان كان الواقف قد جعله له والا فينتقل الى المصرف الذى جعله الواقف له [١] .

وان كان الموقوف عليه السكنى متعددا فهم اما أن يكونوا أولاد الواقف أو غيرهم . فان كان الوقف على أولاده فقد يكون الوقف بصيغة قاصرة أو بصيغة متعدية . فاذا أوقف بصيغة قاصرة على ولده . كما لو قال وقفت دارى للسكنى على ولدى أو أولادى فان الذى يستحق السكنى هو ولده الصلبى ذكرا كان أو أنثى وهذا باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة

واختلفوا فى دخول ولد الولد ان كان الولد ذكرا . أما ان كان الولد أنثى فلا خلاف بينهم فى أن أولادهن لا يدخلون لانهم ينتسبون الى آبائهم .

فيرى السادة الأحناف والسادة الشافعية على الاصح عندهم [٢] .. أن هذه الصيغة لا يدخل فيها ولد الولد وعلى ذلك فلا يصح لولد الولد السكنى فى هذه الدار [٣].

---

(١) مرشد الحيران للمغفور له محمد قدرى باشا ص ٦ طبع المطبعة الاميرية سنة ١٩٣١ .

(٢) ومقابل الاصح رأيان :
الأول : ذهب الى دخول اولاد الاولاد الذكور والاناث فى هذه الصيغة .
الثانى : يدخل فى هذه الصيغة أولاد البنين فقط دون أولاد البنات لا نتسابهم اليه . وهذا القول يتفق مع قول المالكية والحنابلة (انظر مغنى المحتاج ج ٢ ص٣٨٧) .

(٣) انظر : الدرر الحكام شرح غرر الاحكام لمنلاخسرو ج ٢ ص ١٤٠ (فقه حنفى) تكملة المجموع شرح السبكى ج ١٤ ص ٦٠٠ (فقه شافعى) .

وذهب السادة المالكية والسادة الحنابلة الى أن هذه الصيغة تتناول أولاد الذكور لأنهم قد يرثون (١) .

ومما يتصل بهذه المسألة . أن السادة المالكية اختلفوا فى جواز الوقف على ولده الذكر دون الانثى . فيرى بعضهم : أن الوقف على الولد الذكر دون الانثى باطل .

ويرى البعض " الاخر منهم أنه مكروه . وهذا القول المعمول به فى مذهبهم لانه قول ابن القاسم (٢).

وانما كره المالكية هذا الفعل لانه يشبه فعل الجاهلية من حرمان البنات من ارث أبيهن (٣).

وغير المالكية من فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة لا يرى فى الوقف على الأولاد الذكور دون الاناث بأسا . غير أن فقهاء الحنابلة يرون كراهة ذلك إن كان على طريق الأثرة أما ان كان لحاجة تدعو اليه كوجود عيال كثيرة لبعضهم فلم يروا فيه بأسا (٤)

---

(١) الشرح الكبير هامش ج ٤ ص ٧٣ ، ٧٤ من حاشية الدسوقى عليه، قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٨٩ (فقه مالكى) ، الروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتى ج ٢ ص ٣٩ ، (فقه حنبلى) .

(٢) عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقى المصرى أبو عبد الله وعرف بابن القاسم فقيه تفقه بالامام مالك ونظرائه ولد ومات بمصر روى المدونة عن مالك وتوفى سنة ١٩١ هـ .

(٣) انظر : الدرر الحكام ج ٢ ص ١٤٠ (فقه حنفى) الوجيز للغزالى ج ١ ص ٢٤٧ (فقه شافعى الاقناع لشرف الدين الحجاوى ج ٣ ص ٢٣ (فقه شافعى) .

(٤) الدرر الحكام ج ٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ (فقه حنفى) تكملة المجموع للسبكى ج ١٤ ص ٦٠٠ (فقه شافعى) .

وهذه الصيغة القاصرة تنصرف على ابنه الصلبى اذا كان موجودا حين الوقف . أما اذا لم يوجد له ولد صلبى بل كان له ولد ابن ذكرا كان أو انثى كانت السكنى له خاصة ، لا يشاركه فيها من دونه من البطون لان ولد الابن بمنزلة الابن الصلبى عند عدمه وهذه الأحكام السابقة تنصرف على الوقف على ولد غيره .

أما اذا تعددت الصيغة ولده أو ولد غيره . كأن قال وقفت دارى على ولدى وولد ولدى أو يقول : وقفت على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى .

فمن التعبير بالصيغة الاولى وهى قوله وقفت : دارى للسكنى على ولدى وولد ولدى أو ولد غيره وولد وولد . فقط فى الاثنين .

فيرى الحنفية والشافعية أن هذه الصيغة يدخل فيها ولده الصلبى وأولاد الأولاد الذكور منهم والأناث (١) لانه لم يقيد بالذكور فى ولد ولده او ولد غيره وولد ولده فان قيد بالذكور فانه لا يدخل فيها الا الذكور فقط من ولد البنين والبنات . فاذا انقرض الاولاد وأولادهم استحق الوقف الفقراء لانقطاع الموقوف عليه وهذا القول يقول به بعض المالكية (٢) .

ويرى الحنابلة وبعض آخر من المالكية (٣) . ان هذه الصيغة لا يدخل

---

(١) وهذا رأى لهلال من الاحناف . وهلال هو ابن يحيى بن مسلم الرأى البصرى قيل له الرأى لسعة علمه وكثرة فهمه ز تفقه بابى يوسف وزفر وله مصنف فى الشروط واحكام الوقف توفى سنة ٢٤٥ هـ .

(٢) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ص٣٨٨ .

(٣) الروض المربع شرح زاد المستقنع جـ ٢ ص ٢٣٩ (فقه حنبلى) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ص٣٨٨ (فقه مالكى) .

فيها مع الأولاد سوى أولاد البنين أما أولاد البنات فلا يدخلون فيهـــا الا بنص أو قرينة •

ومما تجدر الاشارة اليه هنا أن السادة المالكية يقولون : إن الذكـــر لا يستحق مع أبيه في الدار الموقوفة للسكنى اذا تزوج •

أما الأنثى فلا تعطى لانها في كفالة أبيها [1].

وعن التعبير بالصيغة الثانية وهي قوله وقفت على ولدى ، وولد ولدى ، وولد ولد ولدى فان الأحناف [2] يرون صرف الموقوف الى أولاده ماتناسلوا • ولا يصرف الى الفقراء • طالما وجد له من نسله أحد •

ويستوى في ذلك الاقرب والابعد • وكل هذا عند عدم وجود قرينـــة أو ما يدل على الترتيب •

ويرى الشافعية والحنابلة [3] : أن هذه الصيغة لا يدخل فيها سوى ثلاثة بطون من أولاد الواقف أما من عداهم فلا يدخلون •

وهذا عند عدم وجود قرينة تدل على ارادة أكثر من البطون الثلاثة أمـا إن وجدت قرينة تدل على أكثر من البطون الثلاثة عمل بها •

ثم ان هذه الدار الموقوفة للسكنى قد تضيق على الموقوف عليهم وقـــد

---

(١) حاشية العدوى على شرح الامام ابى الحسن جـ ٢ ص ٢٥٥ •
(٢) الدرر الحكام جـ ٢ ص ١٤١ •
(٣) تكملة المجموع شرح السبكى جـ ١٤ ص ٦٠٢ (فقه شافعى) ، كشـــاف القناع جـ ٢ ص ٤٦٤ • (فقه حنبلى) •

تزيد عن حاجتهم [١] • وهذا يقتضى منا أن نبين الحكم فى كل ذلك فنقول وبالله التوفيق •

اذا كانت الدار الموقوفة تسعهم جميعا فان لكل واحد من الموقوف عليهم حق السكنى وله أن يسكن زوجته ان كان ذكرا أو أن تسكن زوجها أن كانت أنثى •

وذلك كله بشرط ألا يكون فى اجتماعهم عدم صيانتهم وسترهم ، لان قصد الواقف من وقفه عليهم " هو صيانتهم وسترهم •

وشرط الصيانة والستر للموقوف عليهم لا يمكن تحققه بالسكنى لهم جميعا الا اذا كانت الدار ذات حجرات خاصة لكل حجرة منها باب يخصها •

وعلى ذلك فاذا لم يتحقق ذلك الشرط فالسكنى تكون للموقوف عليهم فقط

هذا عن الحالة الأولى وهى حالة ما اذا كانت الدار تكفى لسكناهم فان كانت الدار تزيد عن سكناهم فيسكنون أيضا فقط ولا يحق لهم تأجير مازاد عن حاجتهم لأن الموقوف مقيد بالسكنى للموقوف عليهم • والا كان هذا خروجا عن مقتضى شرط الواقف •

---

(١) أنظر رد المحتار ج ٣ ص٥٠٨ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٢٢٤ (فقه حنفى) ، حاشية العدوى على شرح الامام ابى الحسن ج ٢ ص ٢٢٥ (فقه مالكى) ، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتى هامش ج ٦ ص٢٥٨ من حاشية الشروانى وابن قاسم العبادى عليها (فقه شافعى • شرح منتهى الارادات للبهوتى هامش ج ٢ ص٥٠٧ ، ٥٠٨ من كشاف القناع (فقه حنبلى) •

تبقى الحالة الأخيرة وهى أن يكون المسكن غير كاف لهم أى يضيق عليهم • ففى هذه الحالة لا يستحق السكنى فى الوقف الا المستحق فاذا سكن البعض منهم ولم يجد الآخر موضعا يكفيه فليس له على الذى سكن أجرة حصته وليس له الا أن يسكن معه فى تلك الدار أو يترك ان تضيق من السكنى فيها • وعلى الساكن الأول ان يمكنه من ذلك ويسكنون ولو بالجلوس معا فى بقعة كل الى جنب الآخر •

ومما يتصل بهذه المسألة أنه لو مات أحد المستحقين للسكنى فهل ينتقل نصيبه الى الآخر ؟

يرى فقهاء المذاهب الأربعة أنه اذا مات أحد المستحقين للسكنى فى العين الموقوفة للسكنى فان نصيبه يرد الى من بقى منهم لانه ممن وقف عليهم ابتداء •

وفى هذه الحالة يقسم نصيبه على رؤوس الباقين بالتساوى •

المطلب الخامس

عمارة الدار الموقوفة للسكنى

اذا احتاجت الدار الموقوفة للسكنى للعمارة لخوف سقوطها أو لتهدم شيء فيها أو غير ذلك من كل ما يحتاج لمرمة أو اصلاح فهل عمارتها على الموقوف عليه ؟ وهل يجبر على ذلك ؟ واذا امتنع فعلى من عمارتها ؟ .

هذه أسئلة أوردتها للاجابة عليها في ختام هذا المبحث ونجيب فنقول والله تعالى الموفق .

عمارة الدار الموقوفة للسكنى على من له السكنى لأن الخراج بالضمان . وهذه العمارة التي يحدثها الموقوف عليه تكون ملكا له ومن حقه أن ينقضها عند انتهاء مدة السكنى الا اذا ترتب على نقضها ضرر بالموقوف .

ولا يجبر من له السكنى على اصلاحها لأن في جبره على ذلك اتلاف ماله ولا يعتبر امتناعه عن الاصلاح رضا منه باسقاط حقه في السكنى لاحتمال أن يكون سبب امتناعه هو عدم رغبته في صرف ماله في عمارتها واذا وجد مثل هذا الاحتمال فيكون هناك شك في سبب الامتناع ومع وجود الشك لا يجوز ابطال حقه في السكنى .

ويتولى عمارة الدار في حالة امتناع الموقوف عليه الناظر للوقف ويكون اصلاحها بتأجيرها ممن يرغب فيها ويعمرها الناظر بهذه الاجرة . وبعد التعمير يردها الى الموقوف عليه الذي له حق سكناها ويجب على الناظر ذلك لانه بهذا العمل يكون قد فعل ما فيه مصلحة الوقف ومصلحة

الموقوف عليه لأن مصلحة الوقف فى رعايته ورعاية الموقوف عليه فى رجوعه للسكنى •

لكن ما الحكم اذا لم يجد الناظر من يستأجرها للعمارة ؟

فى هذه الحالة يبيعها الناظر ويشترى بثمنها وقفا ويكون للموقوف عليه الحق فى سكناه •

وكل ما قلناه من تعمير من له السكنى أو الناظر عند امتناعه بتأجيرها اذا لم يكن للوقف ريع آخر يمكن أن ترم منه الدار ، فان كان للوقف ريع آخر فيجب أن تصلح الدار منه ولا تؤجر لغير الموقوف عليه ، ولا يخرج منها • مثال ذلك : وقف دارا للسكنى على امام مسجد واحتاجت هذه الدار للعمارة فان العمارة تكون من ريع الوقف ولا شئ على الموقوف عليه • وتجب العمارة على من له السكنى ويجبر عليها فى حالة الشرط عليه بذلك من الواقف وفى هذه الحالة يجب على من له السكنى أن يعمرها عملا بمقتضى شرط الواقف لأنه شرط صحيح واجب الاحترام [1] لما قيل ان شرط الواقف كنص الشارع •

" والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم "

---

(١) راجع فى كل ما تقدم • البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٣٤ ومابعدها ومعه منحة الخالق على البحر الرائق (فقه حنفى) •
حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٨٤ مع الشرح المذكور (فقه مالكى) ، تكملة المجموع شرح المهذب للسبكى جـ ١٤ ص ٥٩٦ (فقه شافعى) ،
منتهى الارادات ، هامش جـ ٢ ص ٥٠٧ (فقه حنبلى) •

الفصل الثالث

سكنى الدار المرهونة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف الرهن ومشروعيته •

المبحث الثاني : سكنى العين المرهونة •

ونبدأ بالمبحث الأول فنقول وبالله تعالى التوفيق

المبحث الأول

تعريف الرهن ومشروعيته

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الرهن .

المطلب الثاني : مشروعية الرهن .

المطلب الأول

تعريف الرهـــن

أولا : في اللغــة

الرهن في اللغة له عدة معان منها : الدوام والثبات . ومنها الحبس قال تعالى : "كل نفس بما كسبت رهينة" أي محبوسة بجزاء ما عملت. والحبس يستلزم الثبوت بالمكان وعدم مفارقته .

جاء في المصباح "رهن الشيء يرهن رهونا ثبت ودام فهو راهن ويتعدى بالألف فيقال : أرهنته اذا جعلته ثابتا واذا وجدته كذلك — أيضا — ورهنته المتاع بالدين رهنا حبسته به فهو مرهون والأصل مرهون بالدين فحذف للعلم به". أ هـ منه .

ثانيا : في الشرع

أختلف فقهاء الشريعة في تعريف الرهن تبعا لاختلافهم في الأحكام المتعلقة به عندهم .

فعرفه الساده الحنفيه [1] بأنه : "حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين" .

---

(١) الدر المختار جـ٥ ص ٤٢٢ من حاشية ابن عابدين عليه .

وعرفه بعض المالكية : بأنه (١) " بذل من له البيع مايباع أو غررا ولــو اشترط فى العقد وثيقة بحقــه •

وعرفه السادة الشافعية(٢): بأنه " جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منه عند تعذر الوفاء •

وعرف السادة الحنابلة(٣): بأنه "المال الذى يجعل وثيقة بالديــن ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه عمــن هو عليه •

وبالتأمل فى تعــاريف الفقهاء للرهن يتبين مايأتى :
ان هذه التعاريف قد أختلفت فى تعريف الرهن وذلك بسبب أختلافهم فــى فى الأحكام المتعلقة به عندهم • وأهم ماظهر من خلاف بينهم هو(٤).

---

(١) وعرفه أبن عرفه بقوله : "ماقبض توثقا فى دين" وأعترض على تعريفه بأن لا يشمل عن الرهن الا ماهو مقبوض ، وعلى هذا فغير المقبوض لا يكون رهنا واجب عنه : بأن المراد بالقبض المعنوى لا الحسى " • وتعريف أبن عرفــه للرهن تعريف بالمعنى الاسمى ، لأن الغالب عند الفقهاء أطلاق الرهن على الشىء المرهون •
بالمعنى الاسمى ، لأن الغالب عند الفقهاء اطلاق الرهن على الشىء المرهون • أنظر فى مذهب المالكية : مواهب الجليل جـ٥ ص ٢٢٢ ، الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص ٢٠٨ من حاشية الدسوقى عليه مع الحاشيــــة المذكورة ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير جـ٢ص٢٩٠ ، حاشية الشيــخ على العدوى على شرح الامام أبى الحسن جـ٢ص٢٢٧ مع الشرح المذكور •

(٢) تحفة المحتاج هامش جـ٥ص٥٠ من حاشية الشروانى وأبن قاسم العبادى عليهما •

(٣) كشاف القناع جـ٢ص٢١٤ شرح منتهى الارادات هامش كشاف القناع جـ٢ص٩١

(٤) انظر فيما ذكرنا ، من اوجه الخلاف بين الفقهاء والمذاهب الفقهيــة لاستاذنا الدكتور ابراهيم دسوقى الشهاوى "قسم الرهن" من ص٢٣ — ص٢٦ •

١ ـ ان تعريف الحنفية وصف المرهون بكونه محبوسا ووصفته التعاريف الآخرى بكونه وثيقة والسر فى هذا أن الحنفية يوجبون الحبس الدائم للمرهون ويمنعون الراهن من استرداده ولو للانتفاع به مع اذن المرتهن ، والمالكية والحنابلة يجيزون للراهن استرداده للانتفاع به بنفسه أو غيره اذا أذنه المرتهن ولا يفوت عقد الرهن بذلك بل يفوت اللزوم عند الحنابلة والحوز عند المالكية •

أما الشافعية فانهم يجيزون للراهن استرداده لينتفع به ولو قهرا عن المرتهن لأنه حقه اذا توقف انتفاع الراهن على استرداده ، فالحبس لا يظهر بأجلى معناه ألا عند الحنفية فلذا عبروا به فى تعريفهم ، وأكتفى الآخرون بالتعبير بالوثيقة •

٢ ـ إن تعريف المالكية عبر عن المرهون بقوله " مايباع أو غررا " وتعريف الحنفية عبر عنه بقوله " شىء " وتعريف الشافعية عبر عنه بقوله " عين مالى " وتعريف الحنابلة عبر عنه بقوله " المال " •

والسر فى هذا الاختلاف أن المالكية يرون جواز كون المرهون دينا لأنه يجوز بيعه فيجوز رهنه فلشمول التعريف له عبروا عن المرهون بقوله " مايباع أو غررا ، أما المذاهب الثلاثة فلا يجوز عندهم كون المرهون دينا ويوجبون أن يكون المرهون عينا يجوز بيعها •

٣ ـ ان المالكية والحنفية عبروا عن المرهون به بكلمة " حق " وعبر الشافعية والحنابلة بكلمة " دين " والسر فى هذا الاختلاف أن المرهون به عند الشافعية والحنابلة لا يكون الا دينا فلذا عبروا بكلمة دين •

وأما الحنابلة والمالكية فانهم جوزوا فى المرهون به أن يكون عينا مضمونة غير أن الحنفية شرطوا أن تكون مضمونة بنفسها لا بغيرها • والمالكية جوزوا الرهن بهما اذا كانت العين غائبة فلهذا عبر الحنفية والمالكية بكلمة " حق " لتشمل الدين والعين المضمونة •

٤ ـ ان تعريف المالكية امتاز بوصف المرهون بقوله " ما يباع " أو غررا " لأنهم يجيزون برهن ما يباع وما لا يباع للضرر بخلاف المذاهب الأخرى فلا يجوز عندهم رهن ما منه غرر فلذا خلت تعاريفهم منه تصريحا وتلميحا [1].

٥ ـ ان تعريف المالكية صرح بالراهن وما يشترط فيه بقوله " من له البيع" فأفاد أن شرط الراهن أن يكون ممن يجوز بيعه • وتعاريف المذاهب الثلاثة لم تصرح بذلك الشروط مع أن المذاهب الأربعة متفقة على هذا الشرط فى الجملة •

٦ ـ ان تعريف الحنابلة للرهن بمعنى المرهون ، وتعريف المذاهب الأخرى للرهن بمعنى العقد والرهن يطلق شرعا على المرهون وعلى العقد فلا خلاف فى الحقيقة ؟ لأن المرهون فى التعريف مقيد

---

(١) المراد بالضرر ما يحتمل وجوده وعدمه وقت العقد وعلى تقدير الوجود يحتمل القبض عليه وعدمه ، والضرر نوعان خفيف كالعبد الآبق والبعير الشارد • وقوى كالأجنة فى بطون الامهات ، والسمك فى الماء والطير فى الهواء فما فيه عذر خفيف يجوز رهنه عند جميع المالكية ، أما ما فيه عذر قوى فان كان فى عقد رهن من قرض فيجوز ، أما أن كان فى عقد رهن عن بيع فالمشهور المنع وأجازة ابن الماجشون وأحمد بن ميسر •
(انظر المذاهب الفقهية لاستاذنا الدكتور ابراهيم الشهاوى " قسم المرهى ص ٢٥ بالهامش) •

بالدين فيفهم منه الايجاب والقبول كما يفهم من التعاريف الأخرى صراحة •

المختار من التعاريف

والمختار من هذه التعاريف هو تعريف المالكية لعمومه فانه يفيد أن المرهون يجوز أن يكون دينا كما يفيد جواز الرهن ، بما لا يباع للغرر • وهذا العموم فيه احتياط لحفظ مال المرتهن ، فان رهن أي شيء ولو دينا أو غررا خير من لا شيء وكذلك جواز الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها وبغيرها اذا كانت العين غائبة •

المطلب الثاني

مشروعية الرهن

الرهن مشروع بالكتاب والسنة والاجماع •

أما الكتاب

فقوله تعالى : " وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة "(١) فرهان جمع رهن ، ورهن مصدر ، جعل جزاء للشرط مقرونا بالفاء ، فجرى مجرى الأمر ويكون تقدير الكلام فارهنوا رهانا مقبوضة •

والأمر هنا للاباحة • والصارف له عن الوجوب القرينة والقرينة هنا ، ماجاء بعد ذلك في قوله تعالى : " فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته " وأيضا فان الله تعالى أمر بالرهن بدلا عن الكتابة عنه عند عدم

---

(١) في آية " ٢٨٣ " من سورة البقرة •

أمكانها أو عدم قبول المرتهن التوثق بها والكتابة غير واجب لأن البـــــدل يأخذ حكم المبدل منه [١].

وأما السنة

فأولا ــ ماروى أنه صلى الله عليه وآله وسلم " أشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه " [٢].

وثانيا ــ ماروى عن أنس (رضى الله عنه) قال " رهن رسول اللــه " صلى الله عليه وآله وسلم " درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعـــيرا لأهله [٣] فهذه الأحاديث أفادتنا صراحة أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) قد تعامل بالرهن وهذا دليل على أباحته •

وأما الأجماع

فقد أجمع العلماء عامة على جواز الرهن [٤] •

وأختلف الفقهاء فى صحة الرهن فى الحضر بعد اتفاقهم على مشروعيتــه فى السفر وسبب هذا الخلاف هو أن المذكور فى الآية حكم الرهن حين السفر •

---

(١) أنظر: الكشاف من حقائق التنزيل وعيون الاقاويل للامام أبى القاســـم جاد الله محمود بن عمر الزمخشرى الخوارزمى المتوفى سنة ٥٢٨هـ جـ١ ، ص ٢٩٠ طبع المطبعة الكبرى ببولاق ، مصر المحمية سنة ١٣١٨هـ (الطبعه الثانية) الفقه على المذاهب الاربعة ، قسم المعاملات للاستاذ عبد الرحمن الحريرى ص ٣١٩ (طبعة خامسة) •

(٢) مسند الامام أحمد بن حنبل جـ٣ ص ٢٠١٩ طبع دار المعارف بمصر سنة ١٣٧٥هـ •

(٣) نيل الاوطار للشركانى جـ٥ ص ٢٦٣ •

(٤) المرجع السابق •

ومن هنا قام الخلاف ، فمن ذهب الى صحته قال ان التعبير بالسفر في الآية خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له لدلالة الاحاديث على مشروعيته في الحضر ، وأيضا السفر مظنة فقد الكاتب فلا يحتاج الى الرهن غالبا الا فيه ، ومن ذهب الى عدم صحته في الحضر قال : لا يشرع الا في السفر حيث لا يوجد الكاتب ،

وجمهور الفقهاء على صحته في الحضر والسفر ،

المبحث الثاني

سكنى العين المرهونة

نتكلم في هذا المبحث في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : سكنى المرتهن للعين المرهونة ،

المطلب الثاني : سكنى الراهن للعين المرهونة ،

المطلب الثالث : سكنى الغير بالاجارة أو الاعارة للعين المرهونة ،

ونبدأ بالأول فنقول وبالله تعالى التوفيق ،

المطلب الأول

سكنى المرتهن للعين المرهونة (١)

أتفقت كلمة الفقهاء على أن المرتهن لا يحل له الانتفاع بشيء من المرهون اذا لم يأذن له الراهن ، ولم يكن المرهون مركوبا أو محلوبا (٢) لأن المنفعة اتما تملك بملك الأصل والأصل مملوك للراهن . فالمنفعة تكون على ملكه لا يستوفيها غيره الا بايجابها له . وهو بعقد الرهن أوجب ملك اليد للمرتهن لا ملك المنفعة فكان ماله في الانتفاع بعد عقد الرهن كما كان قبله .

ومن الانتفاع السكنى فلا يسمح للمرتهن السكنى في الدار المرهونة باجماع الفقهاء اذا لم يأذن له الراهن .

لكن اذا كان الأمر بالنسبة لهذه المسألة محل اتفاق وذلك نظرا لعدم وجود اذن بالانتفاع من الراهن فان الأمر يختلف عن ذلك في حالة وجود الاذن لأن الفقهاء لم تلتق كلمتهم على رأى واحد بل أختلفوا فيها على ثلاثة أقوال :

---

(١) انظر في حكم انتفاع المرتهن بالمرهون : المبسوط ج ٢١ ص ١٠٦ البدائع للكاساني ج٨ ص ٣٧٤١ (فقه حنفي) الشرح الكبير للدردير ج٣ ص ٢٢٢ مع حاشيته الدسوقي عليه (فقه مالكي) الام للشافعي ج٣ ص ١٥٥ ، تحفة المحتاج ج٥ ص ٥٢ (فرقة شافعي) كشاف القناع ج٢ ص ١٦٨ اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ج٤ ص ٣٦ (فقه حنبلي) ، المحلى لابن حزم ج٨ ص ٤٨٤ (فقه ظاهري) المذاهب الفقهية لاستاذنا الدكتور ابراهيم دسوقي الشهاوى قسم الرهن من ص ٥٦ - ٥٨ مع ملاحظة أن هذه المسألة منقولة عن الكتاب المذكور لفضيلة الشيخ الشهاوى .

(٢) أما المركوب والمحلوب فأختلف الفقهاء في الانتفاع بهما بغير اذن الراهن

القول الأول

لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون مطلقا . أى سواء كان الانتفاع مشروطا فى العقد أم لا وسواء كان الدين قرضا أم غير قرض .

والى هذا القول ذهب السادة الشافعية والظاهرية ، وبعض السادة الحنفية .

القول الثانـى

وذكر أصحابه أن المرتهن يجوز له الانتفاع بالمرهون مطلقا أى سواء أكان الدين قرضا أم غيره ، وسواء كان الانتفاع مشروطا فى العقد أم غير مشروط ، والى هذا القول ذهب بعض آخر من السادة الحنفية .

القول الثالث

ذهب أصحابه الى أنه يجوز الانتفاع اذا كان الدين بسبب البيع ولا يجوز اذا كان الدين بسبب القرض . والى هذا القول ذهب الحنابلة والسادة المالكية وحكى عن السادة الشافعية .

غير أن السادة المالكية يرون أن الانتفاع لا يصح ألا بشرطين :

١ ـ أن يكون شرط الانتفاع فى صلب العقد .

٢ ـ أن تكون المنفعة معلومة ببيان مدتها .

وقد ساق أصحاب كل قول من هذه الأقوال دليله على صحة مذهبه فأستدل الذين لم يجيزوا للمرتهن الانتفاع بالمرهون مطلقا .بما رواه أبو هريرة (رضى الله عنه) عن النبى (صلى الله عليه وسلم) أنه قـال :

" لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه "[١] ،
قالوا : " ان قوله (صلى الله عليه وسلم) له غنمه وعليه غرمه " نص صريح
فى أن منافع المرهون ملك للراهن ولا يباح للمرتهن الانتفاع منها بشىء
ألا مايقوم دليل على اباحته له — وليس هناك مايدل على أباحة الانتفاع
له — واذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع سببه الحاجة التى جعلته فى
هذا الوضع القاسى فلا يمكن أن يقال أنه إذن عن كمال أختيار وطيب نفس •
على أنه قد يترتب على الانتفاع ربا صريحاً وذلك فى حالة ما اذا كان
الرهن عن دين قرض • والربا منهى عنه شرعا •

والمراد بقوله (صلى الله عليه وسلم) " لا يغلق الرهن " النهى عن
فعل الجاهلية يقول الامام الشوكانى " روى أن المرتهن فى الجاهلية كان
يتملك الرهن اذا لم يؤد الرهن اليه مايستحقه فى الوقت المضروب فأبطله
الشارع •

وأستدل القائلون بجواز انتفاع المرتهن بالمرهون اذا أذن له الراهن
مطلقا — بأن الراهن مالك لجميع منافع المرهون فله أن يملكها لغيره
فاذا أباحها للمرتهن صح ذلك وحل للمرتهن الانتفاع بالمرهون ، وكأن
الراهن وهب المنفعة للمرتهن والهبة مشروعة •

ورد هذا الاستدلال بأن الهبة المشروعة هى ما أقدم عليها المالك
بمحض اختياره مع طيب نفسه بها • والظاهر من حال الراهن أنه انما
أقدم على أباحة الانتفاع بالمرهون تحت تأثير الحاجة ولم يكن اذنه عن طيب
نفسه وعلى ذلك فلا يحل للمرتهن الانتفاع بالمرهون •

---

(١) نيل الاوطار للشوكانى جـ٥ ص٢٦٥ •

وأستدل المالكية على جواز الانتفاع اذا كان مشروطا وكانت المدة معينة بأنه اذا كان مشروطا عند التعاقد كان بيعا وأجارة وهو جائز •

ولهذا كان تعيين المدة ضروريا حتى يخرج من الجهالة المفسدة للاجارة ورد هذا الاستدلال بما يأتى :

أولا : بأن التقييد لايجنبهم المحظور الذى فروا منه وهو فساد الاجارة ، لأنها فى هذه الحالة فاسدة لجهالة الاجرة وكذلك البيع فاسد لجهالة الثمن لأن الدين أصبح أجرة ، وثمنا على الشيوع •

ثانيا : بأن هذا التصرف من المشترى قد يكون تحت تأثير الحاجة فيكون تصرفا لا اختيار له فيه • ومثل هذا التصرف يكون غير صحيح •

والذى يترجح فى نظرى فى مسألة انتفاع المرتهن بالمرهون هو ماقاله المرحوم الامام محمود شلتوت فى الفتاوى حيث إن فضيلته فرق بين أن يكون منشأ الاذن من الراهن للمرتهن فى الانتفاع بالمرهون التبرع المبنى على محبة الجميل بالجميل وبين أن يكون منشأ هذا الاذن أضطرار المدين اليه دفعا لضغط الدائن عليه •

ففى الحالة الأولى يجوز الانتفاع بالمرهون من المرتهن وفى الثانية لا يصح لأنه يستند الى أذن صورى •

يقول الامام الشيخ شلتوت (رحمة الله)[1] ولا شك أن أنتهاز فرص الضرورة لاستغلال المعدم هو الروح الخبيث الذى لأجله حرم الله الربا

---

(١) الفتاوى للامام الاكبر الشيخ محمود شلتوت (رحمه الله) ص ٣٤٦ طبعة دار الشروق •

" وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وان كان ذ وعسرة فنظرة الى ميسرة " (١) كيف وقد تمتد عسرة المدين الواقع فى الضرورة مدة تصل فيها منفعة العين المرهونة الى أضعاف الدين المضاعفة يستغلها الدائن باسم الاذن القهرى مع بقاء دينه كاملا على المدين وكثيرا ما خربت به بيوت وافتقر ملاك " أ هـ منه •

فهذا رأى سديد تميل اليه • والله سبحانه وتعالى أعلم •

المطلب الثانى

سكنى الراهن للعين المرهونة

أختلف الفقهاء فى سكنى الراهن للعين المرهونة • فذهب الجمهور (الحنفية ، الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والامامية ، والاباضية)(٢) الى أن للراهن أن يسكن الدار المرهونة وذلك لأن السكنى منفعة من المنافع ومنافع الرهن لصاحبه وهو الراهن • يقول البغدادى " ولو أذن المرتهن للراهن أن يسكن الدار المرهونة لا يبطل الرهن وله أن يسترد الرهن فيعود رهنا (٣).

---

(١) من الآيتين ٢٧٩ ، ٢٨٠ فى سورة البقرة •

(٢) انظر : المبسوط جـ٢١ ص١٠٦ (فقه حنفى) تحفة المحتاج جـ٥ ص ٧٦ (فقه شافعى) كشاف القناع جـ٢ ص١٥٥ (فقه حنبلى) المحلى جـ٨ ص٤٨٤ (فقه ظاهرى) الخلاف فى الفقه الامامى لابى جعفر بن الحسن على الطوسى جـ١ ص٦١٩ ومابعدها مسألة رقم ٥٩ طبعة تابان فى طهران الطبعة الثانية (فقه امامى) شرح النيل جـ٥ ص٩٠ ، ٩١ •

(٣) مجمع الضمانات للبغدادى ص١٠٤ طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٨هـ

ومذهب المالكية[1]: الى أنه لايجوز للراهن سكنى الدار المرهونة لأن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا الحق يمنع الاسترداد والانتفاع بالمرهون • وقالوا ليس معنى كون المنفعة للراهن أن يكون المرهون تحت يده كلا فان الرهن يكون تحت يد المرتهن ولكنه يعطى أجرتها للراهن اذا لم يشترطها المرتهن — كما تقدم في مطلب سكنى المرتهن — عن طريق تأجيرها للغير • فاذا أذن المرتهن للراهن بالسكنى بطل الرهن •

وفي نظري أن مذهب المالكية أرجح لأنه يجمع بين مصلحة المرتهن في أن يظل المرهون تحت يده وثيقة بالدين يستوفي منه عند اللزوم ، ومصلحة الراهن في أن يتوصل الى استيفاء منافع المرهون عن طريق تأجير المرهون باذن الراهن • فيتولى المرتهن كراءه للغير والأجرة للراهن •

المطلب الثالث

سكنى الغير بالاجارة أو الاعارة[2]

في هذا الفرع سنذكر حكم تصرف الراهن أو المرتهن للدار المرهونة بالاجارة أو بالاعارة •

---

(١) الشرح الكبير للامام الدردير ج ٣ ص ٢٦٨ •

(٢) انظر تحفة المحتاج هامش ج٥ ص ٧٤ (فقه شافعي) كشاف القناع ج٢ ص ٥٥ (فقه حنبلي) المحلى ج٨ ص ٨٤ (فقه ظاهري) الخلاف للطوسي ج١ ص ٦١٥ ومابعدها (فقه امامي) •

أولا : تصرف الراهـــن

تصرف الراهن بالاجارة أو الاعارة للدار المرهونة فيه خلاف بيـــن الفقهاء اذ يرى السادة الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والامامية أن إجارة الراهن للدار المرهونة صحيحة لأنه مالك المنفعة وهؤلاء أختلفوا فى كون هذا الجواز هل يتوقف على اذن المرتهن أم لا ؟ .

ذهب بعضهم : الى أن الاجارة أو الاعارة من الراهن لاتصح الا باذن المرتهن بهذا قال الحنابلة .

ويرى السادة المالكية(١) : أن اجارة الدار المرهونة أو اعارتها مـــن الراهن للغير لا يصح مطلقا أى باذن أو بغير اذن . فلو أذن المرتهـــن للراهن فى ذلك بطل الرهن عندهم .

وفرق السادة الحنفية(٢) بين التصرف بالاجارة والتصرف بالاعارة مـــن الراهن وقالوا : ان إجارة الراهن لاتصح ولو باذن المرتهن لأن قيام ملـــك الحبس له يمنع الاجارة ، لأن الاجارة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع بـــه بنفسه فكيف يملكه غيره ، لكن أن أجاز المرتهن عقد الاجارة جاز . وبطـــل عقد الرهن والأجرة للراهن لأنها بدل المنفعة المملوكة له . أما أن لم يجـــز المرتهن الاجارة بطلت .

أما الاعارة فتصح من الراهن عندهم اذا أذن له المرتهن فان أعارهـــا من غير اذن المرتهن وسلمه الى المستعير فللمرتهن أن يبطل الاعـــارة

---

(١) الشرح الكبير جـ٣ ص٢١٨ .
(٢) البدائع جـ٨ ص٣٧٤١ ، مجمع الضمانات للبغدادى ، ص١٠٩ طبـع المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٨ هـ .

ويعيده رهنا ولا يترتب على إعارة المرهون بطلان المرهن ولو اذن المرتهن لأن الاعارة ليست ملازمة فللمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء ٠

ثانيا : تصرف المرتهن

أما الاجارة أو الاعارة للدار المرهونة من المرتهن فصحيحة اذا أذن له الراهن الى هذا ذهب المالكية والحنابلة ٠ غير أن المالكية يرون أن الأجرة تعطى للراهن لأن المرتهن أنما تولى ذلك ليستوفى منافع المرهون فلا يتعطل الا أن يكون هناك شرط على غير ذلك ٠

ويرى الحنابلة أن يوضع عن الراهن من الدين بقدر الأجرة التى آجربها المرتهن الشيء المرهون ان كان المستوفى لهذه المنفعة المرتهن فانه يسقط من الرهن بقدر آجرته (١).

وذهب الشافعية الى أن المرتهن له أن يعير المرهون باذن الراهن أما الاجارة فانها لا تصح من المرتهن ، لأنه لا يملك منافع المرهون وأنما هى ملك للراهن ٠

وذهب الحنفية : الى أن أجارة المرهون لا تصح من المرتهن بغير اذن الراهن وعلى هذا فلو تصرف المرتهن فى المرهون بالاجارة بغير اذن الراهن كمالو أجرا لدار وتسلمها المستأجر فان الاجارة تكون غير صحيحة ٠ فان أجاز الراهن التصرف بعد تمام العقد فانه يكون صحيحا من وقت اجارته وللراهن الأجرة من وقت الاجارة أما قبل الاجازة فان الأجرة للمرتهن يتصدق بها وأن أجر المرتهن المرهون باذن الراهن بطل عقد الرهن وتكون أجرة

(١) المغنى لابن قدامة جـ٤ س ٤٣٤ (فقه حنبلى) حاشيته الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ س ٢١٨ (فقه مالكى) ٠

الدار للراهن يقبضها إن كان هو المباشر للعقد . فان كان المباشر للعقد المرتهن فانه يقبض الأجرة ويسلمها للراهن .

أما الاعارة للمرهون من المرتهن فتصح عندهم ـ أى الاحناف ـ ولا يبطل عقد الرهن ، لأن الاعارة لا يتعلق بها استحقاق والشئ لا ينقض بطريان ما هو دونه [١].

ويتصل بهذه المسألة مسألتان :

الأولى : إجارة الدار المرهونة للمرتهن من الراهن .

الثانية : اجارتها للراهن من المرتهن .

الأولى : وهى إجارتها للمرتهن من الراهن

ذهب الحنفية الى أنه لا يصح أن يستأجر المرتهن الدار المرهونة فاذا أستاجرها بطل عقد الرهن [٢].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة [٣] الى صحة استئجار المرتهن الدار المرهونة له لأن المنافع ملك للراهن فله أن يؤجرها للمرتهن حتى ولو كانت مدة الرهن تنتهى قبل أجل الاجارة لأنه لن يترتب على ذلك خروج الدار من تحت يد المرتهن .

---

(١) أنظر : البدائع جـ٨ ص ٢٧٤١ ، (فقه حنفى) الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٢١٨ (فقه مالكى) تحفة المحتاج جـ٥ ص ٧٤ هامش الشروانى وأبن قاسم الصاوى عليها (فقه شافعى) كشاف القناع جـ٢ ص ١٦٨ (فقه حنفى) .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٨ ص ٢٧٤١ .

المسألة الثانية وهى تأجير الدار المرهونة للراهن

قال الحنفية • اذا كان المستأجر هو الراهن كما اذا رهن زيد لعمرو دارا ثم أستأجره زيد منه فالأجارة باطلة ويكون المرهون كالمستعار أو المودع وللمرتهن أن يسترده متى أراد •

وذهب المالكية الى أنه يجوز أن يؤجر المرتهن الدار المرهونة للراهن فى حالتين :

الحالة الأولى : اذا كان المرتهن اكترى الدار المرهونه ثم أكراها للراهن

الحالة الثانية : أن يكون المرتهن قد أشترط منفعة المرهون حيث كان بيبيع وحدد مدتها • وقالوا إنه فى هاتين الحالتين يبطل الرهن اذا لم تكن مدة الاجارة منتهية قبل أجل الدين وقام الغرماء أما إن كانت مدة الاجارة قبل أجل الدين فللمرتهن أخذ المرهون بعد انتهاء مدة الاجارة • كما لا يبطل الرهن اذا رده الراهن أختيارا قبل الأجل (١).

وبهذه المسألة ينتهى الكلام عن السكنى فى العين المرهونه (والله أعلى وأعلم وأعز وأكرم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم) •

---

(١) الخرشى ج٥ ص٢٤٦ •

الفصل الرابع

غصب السكنى

فى هذا الفصل نتكلم عن غصب السكنى وقبل الكلام عنه نبين تعريف الغصب وحكمه بصورة مجملة وعليه فان هذا الفصل يشتمل على المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : تعريف الغصب وحكمه •

المبحث الثانى : غصب السكنى •

المبحث الأول

تعريف الغصب وحكمه

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الغصب •

المطلب الثانى : حكمه

المطلب الأول

تعريف الغصب

أولا : فى اللغة

جاء فى المصباح [1] " غصب غصبا من باب ضرب وأغتصبه أخذه قهرا وظلما فهو غاصب والجمع غصاب مثل كافر وكفار يتعدى الى مفعولين فيقال

(١) المصباح المنير الفيومى جـ٢ ص٤٥ •

غصبته ماله وقد ترادمن فى المفعول الأول فيقال غصبت منه ماله ، فزيد مغصوب ماله ومغصوب منه ٠٠٠٠٠ أ٠هـ٠

فالغصب لغة أخذ المال قهرا وظلما ٠ وغصب : مصدر فعله غصب يتعدى بنفسه أو بمن فى المفعول الأول والشئ المغصوب قد يسمى غصبا وذلك تسمية بالمصدر(١)٠

ثانيا : تعريفه فى أصطلاح الفقهاء

عرفه الحنفية بأنه " ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمطالبة بفعل فى المال (٢)٠

وعرفه السادة المالكية بأنه " أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة "(٣)

---

(١) حاشية رد المختار لابن عابدين جـ٥ ص ١٥٤ ٠

(٢) والتعريف المذكور هو تعريف الغصب عند الامام أبى حنيفة وأبى يوسف أما تعريفه عند الامام محمد فهو : " اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه والفرق بين التعريفين ظاهر حيث أنه يجب توافر أربعة عناصر لكى يتحقق الغصب عند الشيخين وهى :
(١) أزالة يد المالك ٠ (٢) عن مال مملوك له متقوم ٠
(٣) وأن يكون الأخذ على سبيل المجاهرة ٠
(٤) وأن يكون بفعل الغاصب ٠ أما عند محمد فيكفى لتحقق الغصب توافر العناصر الثلاثة الاولى ٠ فهو لا يشترط فعل الغاصب كما هو ظاهر فى التعريف ٠ أنظر تكملة فتح القدير على شرح الهداية لقاضى زادة جـ٧ص٣٦١، والشرح المذكور البدائع جـ٩ ص ٤٤١٠ ٠

(٣) مواهب الجليل للحطاب جـ٥ ص ٢٧٤ ٠ وذكر الحطاب تعريف ابن عرفه =

وعرفه السادة الشافعية بأنه : " الاستيلاء على حق الغير عدوانا "(١)،

وعرفه السادة الحنابلة بأنه : " الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق "(٢)

ويظهر من تعريف الغصب عند الفقهاء أن هناك خلافا فى مسائل كثيرة فى باب الغصب أهمها :

١ ـ التعبير بأزالة يد المالك عند الأحناف يفيد أن الأستيلاء على المال الذى لم تكن يد المالك عليه قبل يد المعتدى لا يعد غصبا وذلك فى زوائد المغصوب تحدث بعد الاستيلاء على أعيانها فوجودها عند الغاصب لا يعد غصبا عندهم ٠

كما يفيد أن الغصب لا يتحقق فى العقار لأن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال والفعل لم يوجد فى العقار وانما يوجد فى المنقول(٣) ٠ أما تعبير الشافعية والحنابلة بالاستيلاء على حق الغير بغير حق فيفيد أن الغصب يتحقق فى زوائد المغصوب لأن تحققه لا يتوقف على ازالة يد المالك كانت متحققه قبله ويفيد أن الغصب يتحقق فى العقار كما يتحقق فى المنقول ٠ لأن الاستيلاء يمكن أن يكون على العقار كما يكون على المنقول ٠

= فقال : " هو أخذ مال غير منفعة ظلما وقهرا لا بخوف قتال " وهذا التعريف يستفاد منه اتجاه المالكية من حيث التفريق بين الغصب والتعدى ٠ فالغصب للذات والتعدى على المنفعة ٠

(١) تحفة المحتاج هامش جـ٦ ص٢، ٣ من حاشية الشروانى وابن قاسم العبادى عليها ٠

(٢) الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتى جـ٢ ص ٢٢١ ، ٢٢٢٠

(٣) هذا على خلاف رأى محمد (رحمة الله) كما ذكرنا من قبل ٠

٢ ـ التعبير بلفظ " المال " فى تعريف الحنفية يفيد أن المنافع لايتحقق فيها الغصب بغصب أصلها ، لأنها ـ أى المنافع ـ ليست بمال عندهم ٠

والغصب لايكون الا فى مال متقوم ، ولذا لاتصير مضمونة على من أستولى عليها [١].

أما التعبير بلفظ (المال) فى تعريف الشافعية ، والحنابلة فيفيد أن المنافع يتحقق فيها الغصب بتحققه فى أصولها لأن المنافع عندهم مال ٠ وقد تقدم تفصيل ذلك فى الباب الأول ٠

والمالكية لايعتبرون الاستيلاء على المنافع غصبا لا لأن المنافع ليست بمال عندهم وانما لأن الاستيلاء على المنافع يسمى تعديا عندهم وعرفوه بأنه الأخذ بقصد الاستيلاء على منفعة المأخوذ لاذاته ومن هنا فان المالكية يذهبون الى التفريق بين التعدى والغصب فى كثير من الأحكام [٢].

---

(١) انظر الضمان فى الفقه الاسلامى للاستاذ على الخفيف ص ١١٢ طبع المطبعة الفنية الحديثة ٠

(٢) أنظر مواهب الجليل للحطاب جـ٥ ص ٢٧٤ ٠

المطلب الثاني

حكمـــــه

وحكم الغصب التحريم ودليل ذلك قوله تعالى :"لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم "[١]، وقوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون "[٢].

يقول الأمام الالوسى : " والمراد بالأكل مايعم الأخذ والاستيلاء ، والمراد " بالباطل " الحرام كالسرقة والغصب وكل مالم يأذن به الشرع[٣].

وقد أكدت السنة حرمة أخذ مال المسلم بغير طيب نفسه . فقد روى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال فى خطبته يوم النحر : "..... ان دماكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى يوم تلقون ربكم ألا هل بلغت قالوا : نعم . قال اللهم اشهد . فليبلغ الشاهد منكم الغائب فرب مبلغ اوعى من سامع فلا ترجعوا بعدى كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض ".

يقول الأمام الشوكانى " لا شك أن من أكل مال مسلم بغير طيبة نفسه آكل له بالباطل[٤] وقد أجمعت الأمة على تحريم الغصب .

---

(١) فى آية ٢٩ من سورة النساء .
(٢) فى آية ١٨٨ من سورة البقرة .
(٣) روح المعانى للالوسى جـ٢ ص ٦٠ .
(٤) وهناك أمور يجوز فيها أخذ مال المسلم بغير طيب نفسه منها الزكاة =

يجب على الغاصب رد المغصوب ان كانت عينه باقية ولم يخف من ردها أتلاف نفس وألا رد قيمته (١) .

المبحث الثانى

غصب السـكنى

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أقوال الفقهاء فى غصب السكنى

المطلب الثانى : أثر الخلاف فيه .

المطلب الأول

أقوال الفقهاء فى غصب السـكنى

رأينا عند تعريف الفقهاء للغصب ، أنهم عبروا عن المغصوب " بالمال " ومما هو معلوم أن مالية المنافع مختلف فيها بين الفقهاء .

فيرى الأحناف أنها غير مال لأنها غير قابلة للحيازة والأحراز الذى يفقدها عنصر المالية الذى لابد من توافره فى الشىء لاعتباره مالا . وهؤلاء نظروا الى المال من حيث وعائه وهو امكان حيازته واحرازه .

ويرى جمهور الفقهاء : أن المنافع أموال وهؤلاء ينظرون الى المال من حيث النتيجة المترتبة على وجوده وهى القيمة ، وضمان اتلافه .

---

(١) أنظر بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ص٣٤٢ ، تحفة المحتاج هامش جـ٦ ص٣ من حاشيتى الشروانى وابن قاسم العبادى عليها . نيل الاوطار للشوكانى جـ٥ ص٣٥٧ .

وعليه : فان الذى ذهب من الفقهاء " الأحناف " الى أن المنافع غير مال يرى أن الغصب لا يتحقق فيها لأن الغصب لا يكون الا للمال . وبذلك فان السكنى على رأيهم لا يتحقق فيها الغصب على هذا الاعتبار .

ومن ذهب الى أن المنافع أموال : يرى أن الغصب يتحقق فيها لأن تعريف الغصب ينطبق عليها . وعلى هذا فمدار الكلام هنا حول كون المنفعة مالا أو غير مال . ولما كانت آراء الفقهاء وأدلتهم فى مالية المنافع تقدمت فى الباب الأول من هذا المبحث فانه يكون من التكرار ذكرها هنا ثانية . ولذلك نكتفى بما جاء فيها قبل ذلك . هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى يذهب هذا الفريق[1] الى أن غصب العقار غير متصور وقوعه وعليه فلا يمكن غصب منافعه .

ويذهب الجمهور الى امكان وقوع غصب منافع العقار لأن غصب العقار يمكن عندهم. استدل الذين ذهبوا الى أن الغصب لا يتحقق فى المنافع بما يأتى :

(١) الغصب تصرف فى المغصوب باثبات يد الغاصب وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل ، والعقار لا يمكن نقله فلا يتصور فيه الغصب وأما مايمكن اخراج المالك عنه فهذا تصرف فى المالك لا فى العقار .

(٢) الأصل أن غصب العقار لا يكون سببا لوجوب الضمان من الغاصب انما يكون الضمان بسبب اتلاف المال على المالك له حقيقة أو تقديرا وغصب العقار لم يتحقق فيه اتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديرا .

---

(١) ماعدا محمدا (رحمه الله) .

أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلأن ذلك يكون بالنقل والتحويل والتغييب من المالك على وجه لا يقف على مكانة ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة أو تقديرا (١).

واذا كان الغصب لا يتحقق في العقار فبالتالي لا يتحقق في منافعه فاذا كانت الدار المغصوبة تصلح للسكنى وفاتت مدة تحت يد الغاصب فلا يعتبر غاصبا لمنافع ذلك الدار وهى السكنى لأن الغصب لم يتحقق على العين وهى الدار . وناقش القائلون بتحقق الغصب على المنافع ما قاله أصحاب هذا القول ، المانعون لتحقق الغصب على المنافع بما يأتي :

أولا : ان الغرض من اليد القدرة على الانتفاع واذا فاتت القدرة فاتت اليد وذلك ما يتحقق عند استيلاء الغاصب على المغصوب اذ يحول بين مالكه وبين أن ينتفع به وذلك كاف في تحقق الغصب (٢).

ثانيا : ان القول بأن الاتلاف لا يتحقق في العقار لأنه لا يتحمل النقل والتحويل والتغييب يرد بأن الاتلاف في كل شيء يكون بحسب طبيعة هذا الشيء وعلى هذا فاتلاف المنافع يتحقق بمنع المالك لها من استيفائها حتى ولو كانت العين التي تستوفى منها هذه المنافع باقية (٣).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ٩ص٤٤١٠، ٤٤١١ ، المبسوط للسرخسي جـ٧ ص ٦١ .

(٢) الضمان في الفقه الاسلامي لفضيلة الاستاذ على الخفيف ص ١٢٠ .

(٣) أنظر البدائع جـ٩ص٤٤١١ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ص٣٤٢ ، مفتاح الكرامة جـ٦ ص ٢٠٤ .

وعليه فمن منع آخر من سكنى الدار يكون غاصبا للسكنى ودليلهم (أى الجمهور) الآتـــى :

١ ـ قوله عليه الصلاة والسلام " من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه الله من سبع أرضين" وفى لفظ من غصب شبرا من الأرض " (١).

فهذا الحديث يدل بمنطوقه على امكان وقوع الغصب على العقار لأنه أسند الغصب الى الأرض والاسناد دليل الوقوع وامكانه واذا ثبت وقوعه على العقار فيثبت على منافعه .

٢ ـ الغصب يتحقق باثبات يد الغاصب وازالة يد المالك وهذا يتحقق فــى الدار والعقار . فالغاصب يثبت يده المعنوية ويزيل يد المالـــــك المحقة واليد هى القدرة على التصرف عدمها يتمثل فى عدم القـــدرة على التصرف . فاذا أثبت الغاصب يده بمعنى أصبحت القدرة علـــى التصرف فى العقار له وليس للمالك قدرة على التصرف ، فهو غاصـــب وعليه الضمان (٢).

---

(١) نيل الاوطار للشوكانى جـ٥ ص٣٥٧ ، ٣٥٨ .

(٢) البداية لابن رشد جـ٢ ص٣٤٣ ، نهاية المحتاج جـ٤ ص١٠٩ ، كشاف القناع جـ٢ ص٣٤٠ ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابديـــن جـ٥ ص١٦٢ ويقول ابن عابدين " وانما يضمن العقار عند محمـــد لأنه اقام الاستيلاء فى غير المنقول مقام أزالة اليد المحققة فى المنقول " ويستفاد من ذلك أن محمدا (رحمه الله) قد مر على أصله فى حـــد الغصب من أنه ازالة يد المالك عن ماله والفعل فى المال ليس بشرط وقد وجد تفويـــت يـــد المالك عن العقـــار ، لأن ذلك عبادة .

المطلب الثانى

أثر أختلاف الفقهاء فى هذه المسألــــة

ويترتب على أختلاف الفقهاء فى غصب المنافع ومنها السكنى الخلاف فــى ضمان الأجرة حيث يرى الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيديــة والامامية [١] وجوب الاجرة على الغاصب للسكنى .

وفرق المالكية بناء على أصلهم فى التفريق بين غصب الذات وغصــب المنفعة حيث إن الاستيلاء على الذات يسمى غصبا والاستيلاء على المنفعــة يسمى تعديا ـ سواء أسكن أم سكن أم عطل فى الحالتين .

وأوجبوا الأجرة على المتعدى مطلقا . أى سواء سكنها بنفسه أم أسكنها لغيره أم عطلها ، أما الغاصب فلا يضمن الأجرة الا اذا سكن الدار أو أسكنها لغيره ، فأن عطلها فلا ضمان عليه للأجره .

وهذا اذا لم يفت المغصوب بيد الغاصب فان فات المغصوب بيــد الغاصب فاختلف فى ضمان أجرته عندهم فالامام مالك وجمهور أهل المدينـة (رضى الله عنهم) يرون أن عليه قيمة المغصوب وأجرته وابن القاسم يــرى أنه لاكراء عليه مع القيمة ، لأن القيمة للمغصوب تقدر فى يوم الاستيـــلاء وبذلك تكون الأجرة نشأت فى ملك الغاصب [٢].

---

(١) أنظر نهاية المحتاج جـ٤ ص١٢٤ (فقه شافعى) كشاف القناع جـ٢ ص ٣٥٤ (فقه حنبلى) المحلى جـ٨ ص٥٦٥ مسالة ١٢٥٩ (فقه ظارى) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار جـ٣ص٥٤٣ ، ٥٤٤ (فقه زيدى) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ٢ص٢٢٩ ، ٢٣٠ (فقه امامى) .

(٢) الشرح الكبيرهامش جـ٣ ص٤٠٨ ، ٤٠٩ من حاشية الدسوقى عليه مع الحاشية المذكورة .

ويرى الحنفية[1]: أنه ليس على الغاصب في سكنى الدار المغصوبة أجرة . الا في ثلاث مسائل .

١ ـ مال الوقف ، مال اليتيم ، المعد للاستغلال[2]. هذا عن أثر اختلاف الفقهاء في هذه المسألة لكن يتبقى شيء آخر وهو معرفة الحال التي يعتبر الشخص عندها غاصبا للسكنى وبمعنى آخر متى يقع الغصب عند الفقهاء ؟ هل يقع بمجرد الدخول للدار وازعاج الساكنين بصرف النظر عن كونه يريد السكنى أم لا يريدها ؟؟ أم لابد من الدخول في العين بقصد الاستيلاء عليها حتى يتحقق الغصب ؟ . يجاب عن هذا

(١) الدر المختار هامش جـ٥ ص ١٧٩ من حاشية رد المحتار عليه مع الحاشية المذكورة .

(٢) فلو باع الناظر منزل الوقف فسكنه المشترى فعلى المشترى أجرة المثل عند رده ، وكذلك تجب الأجرة على من سكن دار اليتيم الا اذا كانت أمه مع زوجها فلا أجر عليها في سكناها لدار اليتيم ومثلها في عدم وجوب الأجرة عليه في سكنى مال اليتيم ـ الشريك لليتيم اذا سكن في داره ـ ولا أجرة ـ أيضا ـ على أجنبي عنه سكن بلا عقد . وهذا الذي ذكرناه في مال اليتيم هو قول المتقدمين وذهب المستأجرون الى أن دار اليتيم كالوقف في ضمان منافعها . وهذا القول هو المعتمد في المذهب وعليه فعلى أم اليتيم الأجرة وهي على زوجها لأن سكناها عليه ، وعلى الشريك ايضا الأجرة أما الساكن بلا عقد فلا أجرة عليه لأنها تستحق بالعقد . وتجب الأجرة على من سكن بيتا أعده صاحبه للاستغلال بالبناء لذلك او اشتراه له ويستثنى من وجوب الاجرة على من سكن دارا معدة للاستغلال من سكنها بتأويل ملك كبيت سكنه أحد الشركاء في الملك أو سكنه بعقد كبيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم ظهر أن البيت لغير الراهن معد للاجارة فلاشيء على المرتهن لأنه سكن بعقد الرهن وهو غير ملتزم للاجرة واختلف فقهاء الاحناف في المدة التي يعتبر بها الدار معدا للاستغلال فقيل سنة وقيل سنتين .

السؤال بما يأتـــى :

أولا : عند المالكية

من المعلوم أن المالكية يفرقون بين الاستيلاء على الذات والاستيلاء علـى المنفعة • حيث إنهم يسمون الأول غصبا والثانى تعديا [1] ، ويترتب علـى ذلك أن الغاصب للدار لا يضمن الاجرة الا اذا سكن بالفعل أو أسكنها لغيره فمثلا لو أن زيدا غصب دارا لعمرو فزيد لا يضمن أجرة الدار الا اذا سكنهـا فعلا أو أسكنها لغيره ــ أما لو لم يسكن الدار ولم يسكنها لغيره فلا أجـرة عليه • هذا بالنسبة للغاصب •

أما بالنسبة للمتعدى وهو الذى يستولى على المنافع ــ فانهم أوجبوا عليه الأجرة مطلقا ــ أى سواء سكنها أم أسكنها لغيره ، أم عطلها • ففـى الحالات الثلاث يلتزم المتعدى بالأجرة لمالك المنفعة [2].

ثانيا : عند الشافعية

يرى الشافعية أن الغصب يقع بالدخول للدار وأزعاج أهلها (ساكنيهـا) سواء أكان عنده نية فى الاستيلاء عليها والحيازة لمنافعها أم لم يكن •

= وقيل اكثر من ذلك، وأشهر الأقوال ، قول من قال : انها لا تصير معـدة للاستغلال الا باجارتها اكثر من ثلاث سنوات • (أنظر الدر المختـار وحاشية ابن عابدين عليه جـ٥ ص١٦٢، ١٧٩ ، ١٨٠ مجمع الضمانـات للبغدادى ص١٢٦) •

(١) عرف ابن عرفه التعدى بقوله : " التصرف فى شىء بغير اذن ربه دون قصد تملكه " أنظر فتح العلى المالك للفتوى على مذهب الامام مالـك (رضى الله عنه) للشيخ عليش المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ جـ٢ ص١٨٩ (الطبعه الاخيرة طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٧٨ هـ سنة ١٩٥٨ م •

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص٤٤٤ •

وهذا لأن الشافعية يقولون بتحقق الغصب عند اثبات اليد العادية وهذا قد أثبت يده على الدار . ودليلهم على ثبوت يده فى هذه الحالة أنه لو تنازع الخارج والداخل فيها حكم لمن هو فيها دون الخارج منها[1].

ثالثا : عند الحنابلة

ويرى الحنابلة أن الغصب لا يتحقق الا بالدخول للدار بقصد الاستيلاء عليها أما الدخول بدون هذه النية فلا يسمى غصبا ولهذا جاء فى كتبهم « ولا يحصل من غير استيلاء فلو دخل أرض انسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو بغير اذنه وسواء أكان صاحبها فيها أو لم يكن[2].

والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم وأعز وأكرم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

---

(١) المجموع للنووى جـ١٤ ص ٣٣٢ .

(٢) كشاف القناع جـ٢ ص ٣٥٤ .

الفصل الخامس

الصلح على السكنى

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الصلح ، ودليل مشروعيته

المبحث الثانى : الصلح على السكنى

المبحث الأول

تعريف الصلح ودليل مشروعيته

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الصلح

المطلب الثانى : دليل مشروعيته

المطلب الأول

تعريف الصلح

أولا : فى اللغة

جاء فى المصباح المنير صلح الشىء صلوحا من باب قعد وصلاحا أيضا وصلح بالضم لغة وهو خلاف فسد .. وصالحه صلاحا من باب قتل والصلح اسم منه وهو التوفيق ومنه صلح الحديبية وأصلحت بين القوم وفقت وتصالح القوم وأصلحوا وهو صالح للولاية ، أى له أهلية القيام بها [١].

(١) المصباح المنير للفيومى جـ١ ص١٥٧ .

أ٠هـ منه ٠ فالصلح لغة التوفيق بين المتنازعين ٠

والصلح اسم بمعنى المصالحة ، وهو المسالمة ، خلاف المخاصمة وهو مأخوذ من صلح بفتح اللام وضمها ويذكر الصلح ويؤنث[١].

ثانيا : فى اصطلاح الفقهاء

عرفه فقهاء الحنفية بأنه " عقد يرفع النزاع "[٢]. وعرفه المالكية بأنه " الانتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه "[٣]. وعرفه الشافعية بأنه : " عقد يحصل به قطع النزاع "[٤] ، وعرفه الحنابلة بأنه " معاقدة يتوصل بها الى موافقة بين مختلفين "[٥].

المطلب الثانى

مشروعية الصلح

الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة ٠

أما الكتاب

فقوله تعالى " فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير[٦] قال القرطبى " قال علماؤنا : وفى هذا أن أنواع الصلح كلها مباحة فى

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ج٥ ص ٧٩ ٠
(٢) تبيين الحقائق للزيلعى ج٥ ص ٢٩ ٠
(٣) البهجة فى شرح التحفة ج١ ص ٢١٩ ٠
(٤) الشرقاوى على التحرير ج٢ ص ٦٤ ٠
(٥) كشاف القناع ج٢ ص ١٩٠ ٠
(٦) من آية ١٢٨ فى سورة النساء ٠

هذه النازلة بأن يعطى الزوج على أن تصبر هى أو تعطى هى على أن يؤثر الزوج أو على أن يؤثر ويتمسك بالعصمة أو يقع الصلح على الصبر والأثرة من غير عطاء ، فهذا كله مباح "(١).

أما السنة

ما روى عن أم سلمه قالت: " جاء رجلان يختصمان الى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فى مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة .

فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إنكم تختصمون الى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم، وإنما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وأنما أقضى بينكم على نحو مما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فأنما أقطع له قطعة من النار يأتى بها أسطاما (٢) فى عنقه يوم القيامة ، فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما : حقى لأخى فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أما اذ قلتما فأذهبا فاقتسما ثم توخيا الحق ثم استهما ثم ليتحلل كل واحد منكما صاحبه "(٣).

وما روى عن عمرو بن عوف أن النبى (صلى الله عليه وسلم) قال : " الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ".

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج٣ ص١٩٧٥ .

(٢) السطام بالكسر المسعار لحديدة مفطوحة تحرك بها النار، والاسطام: المسعار والمراد هنا الحديدة التى تسعر بها النار (نيل الأوطار للشوكانى ج٥ ص٢٨٥).

(٣) نيل الأوطار للشوكانى ج٥ ص٢٨٤ ، ٢٨٥ .

وزاد بعضهم " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما "[١]. فهذا الحديث يدل على جواز الصلح ، وأنه يشمل كل صلح ألا ما أستثنى منه [٢] ، وفى الحديث الأول دعاهما (أى الخصمين) النبى (صلى الله عليه وسلم) الى الصلح وماكان يدعوهما إلا إلى عقد جائز .وأنعقد الأجماع على جواز الصلح ، والصلح متفق على جوازه [٣] فى الجملة . لكن هناك خلاف بين الفقهاء على الصلح عن إنكار .

فذهب الجمهور ، الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة الى صحة الصلح عن إنكار ، وذهب الشافعية ، والظاهرية الى عدم صحة الصلح عن إنكاره وأستدلوا على ماذهبوا اليه بما يأتى :

أولا : بظاهر الاستثناء فى قوله (صلى الله عليه وسلم) إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا . فان المدعى إن كذب فقد أستحل مال المدعى عليه ، الذى هو حرام عليه وإن صدق فقد حرم على نفسه ماله الذى هو حلال له فلا يقال للأنسان ترك بعض حقه [٤].

ونوقش دليلهم بأنه " ليس المراد من الاستثناء ماذكرته " فان الصلح عن الأقرار لا يخلو عن هذا ــ أيضا ــ لأن الصلح فى العادة

---

(١) المرجع السابق .
(٢) الغرر البهية فى شرح البهجة الوردية للشيخ ذكريا الأنصارى ج٣ص١٣٠ طبع المطبعة الميمنية بمصر .
(٣) والمراد بجواز الصلح : " اعتباره فى أثبات ملك المدعى فى بدء الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق المدعى فى أصل المدعى (انظر حاشية شهاب الدين أحمد شلبى على التبيين للزيلعى ج٥ ص٣٠) .
(٤) أنظر: تحفة المحتاج ج٥ص١٩٣ من هامش الشروانى وأبن قاسم العبادى عليها

يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح • فيكون المراد من الاستثناء هو الصلح الذى حرم حلالا وهو أن يصالح احدى زوجتيه على أن لا يطأ الأخرى أو يصالح زوجته على أن لا يطأ جاريته • والصلح الذى أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير• وهذا النوع من الصلح باطل وحمل الاستثناء على هذا أولى ، لأن الحرام المطلق ، هو حرام لعينه والحلال المطلق ، هو حلال لعينه (١).

ثانيا : بقوله (صلى الله عليه وسلم) " لا يحل مال امرئ مسلم ألا بطيبة من نفسه " فمفاد هذا الحديث " أن مال الغير لا يحل لغيره الا بطيبة من نفس صاحبه وعلى هذا فلا يطيب مال الخصم مع انكار المصالح ويجب عليه تسليمه الباقي والا يكون أكلا لمال أخيه بالباطل ونوقش : بأن الرضا بالصلح مشعر بطيبة النفس فلا يكون أكل المال به من أكل أموال الناس بالباطل "(٢).

المبحث الثاني

الصلح على السكنى

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الصلح على السكنى عن دعوى غير منفعة •

المطلب الثاني : الصلح على السكنى عن دعوى السكنى •

---

(١) المبسوط للسرخسي ج٢٠ ص١٣٤ ، تبيين الحقائق ج٥ ص٣١ •

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص٢٨٧ •

المطلب الأول

الصلح على السكنى عن دعوى غير منفعة

يجوز الصلح عن دعوى المال على السكنى (١) وهذا الصلح اجارة للمصالح به فيشترط فيها شروطها ، لأن العين المدعى بها أجرة للسكنى (سواء كان الصلح عن أقرار المدعى عليه أم عن أنكاره أم عن سكوته) ٠

مثالــــه

أن يقول صالحتك عن هذه الدار ـ المدعاة ـ على سكنى دار أخـــرى مدة معلومة فعلى المدعى أن يترك الدار المدعى بها ويسكن الدار المصالـح عليها هذه المدة (٢).

وأشترط المالكية لصحة الصلح على السكنى (وهى شروطهم فى الصلح على المنافع لأن السكنى منفعة)٠ أن يكون المدعى به معينا ، حاضرا ، كـــأن يدعى بهذا العبد أو هذا الكتاب وهو بيده فيصالحه بسكنى داره ٠فلو كان المدعى به دينا فى الذمة كدراهم فلا يجوز الصلح عليها بالسكنى لأنه فسخ دين بدين "(٣).

---

(١) يرى المتيطى من المالكية أنه لايجوز الصلح على سكنى دار أو خدمـة العبد ، أنظر التاج والأكليل هامش جـ٥ ص ٨١ ٠

(٢) أنظر : تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص ٣٢ ، الشرح الكبير للدرديـر جـ٣ ص ٢٨٠ ، كشاف القناع جـ٢ ص ١٩١ ، شرح الامام الشيخ زكريـــا الأنصارى على متن البهجة وحاشيتة جـ٣ ص ١٣٠ ٠

(٣) يظهر من شرط المالكية لصحة الصلح على السكنى ، أن الصلح بالسكنى عن السكنى لا يصح عندهم (أنظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٢٨٠ ، ٢٨١)٠

ولم يشترط المالكية لصحة الصلح غير ماذكرنا من كون المدعى به معينا حاضرا واشترط الشافعية والحنابلة أن لا يكون الصلح على سكنى العين المدعى بها عليه ثم يدفعها الى المدعى .

وعليه فلو صالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى فى يده الدار سنة فيها ثم يدفعها الى المدعى لم يجز لأن العين ومنافعها ملك المقر له فكيف يتعوض من ملكه على ملكه أو منفعته . فاذا أسكن المدعى المقر - المدعى عليه - فيكون هذا تبرعا من صاحب البيت بمنافعه له فله أن يخرجه من الدار متى شاء. ورجع المدعى على المدعى عليه بأجرة ما سكن فى الدار ويجبر على ذلك أن أبى [1].

ولكن أن كان الشافعية والحنابلة يرون ماذكرنا ، فان الحنفية والامامية يخالفونهم الرأى ويجيزون للمدعى عليه الذى فى يده الدار أن يسكنها سنة أو أكثر أو أقل - أى بشرط أن تكون المدة معلومة - والمدعى عليه فى هذه الحالة متصرف فى ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه فى المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرف فى ملك نفسه فى زعمه فيجوز . غير أن بعض الامامية يذهب بناء على القول بأن عقد الصلح فرع على غيره - الى أن للمدعى الرجوع فى السكنى على المدعى عليه لأن السكنى من المدعى عليه - عارية له . والعارية تمليك المنفعة بغير عوض والعين الخارجة من يده ليست عوضا عن المنفعة الراجعة الى المدعى لثبوتها له بالاقرار قبل أن يقع الصلح فلايكون فى مقابلة المنفعة عوض فيكون عارية يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيها [2].

---

(١) أنظر حاشية الشرقاوى على التحرير جـ٢ ص٦٦ مع الشرح المذكور ، كشاف القناع جـ٢ ص ١٩١ .

(٢) البدائع جـ٧ ص ٣٥١١ ، الروضة البهية ، شرح اللمعة الدمشقية جـ١ ص٣٧٣

المطلب الثاني

الصلح عن السكنى

كما جاز الصلح عن دعوى المال على السكنى لأنها منفعة يجوز الصلح عن المنفعة ومنها السكنى، لأن المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الأجارة فكذا بعقد الصلح .

وعلى ذلك فيجوز الصلح عن السكنى على خدمة العبد أو غير ذلك من المنافع وذلك في مختلفي الجنس(١) .لكن هل يصح الصلح عن السكنى بالسكنى ؟ .

يرى الأمامية وبعض الأحناف أنه يصح الصلح عن السكنى على السكنى جاء في الروضة البهية " يصح الصلح على كل من العين والمنفعة بمثله جنسه ومخالفه "(٢). وجاء في فتح المعين" اذا دعى سكنى دار فصالحه على سكنى دار أخرى مدة جاز "(٣).

هذا فاذا كان الصلح على السكنى أو عنها يعتبر اجارة فانها تأخذ حكم الأجارة وعليه فهل يبطل الصلح بهلاك الدار المصالح على سكناها ؟ .

---

(١) حاشية العلامة السيد محمد أبي السعود جـ٣ ص ١٧٩ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ١ ص ٣٧٣ .

(٣) حاشية العلامة السيد محمد أبي السعود جـ٣ ص ١٧٩ ويخالف الصلح عن السكنى على السكنى عند الأحناف اجارة السكنى بالسكنى لأنها لا تصح عندهم باتفاق المذهب .

يرى الأحناف أن البيت اذا تهدم بنفسه أو هدمه غيره لا يبطل الصلح لكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار إن شاء بنى له صاحب البيت بيتا آخر يسكنه الى المدة المضروبة ، وإن شاء نقض الصلح ولا ينفذ ذلك ، وعليه فاذا انهدم الدار فلصاحب الدار أن يبنيها مرة أخرى (١).

ويرى الحنابلة أن الصلح يبطل بتلف الدار إن كان التلف بعد تمام الصلح ، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخ ورجع المدعى بما صالح عنه من دين أو عين (٢) ، وكما يبطل الصلح بتلف الدار يبطل بموت أحد المتعاقدين فى الصلح على السكنى وذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، لأنه بمعنى الإجارة ، وهذا عند الحنفية لأنهم يرون أن الإجارة تفسخ بموت أحد المتعاقدين (٣).

أما مذهب الجمهور من الفقهاء فلا يرى انفساخ الاجارة بالموت وتقدم ذلك فى فصل إجارة السكنى .

والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم وأعز وأكرم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا والحمد لله رب العالمين .

دعاء

اللهم كما ختمت بالصلح بحثى ، أرجو أن تصلح فساد قلبى ، وأن تجعل الى الجنة مآبى ، وأن تسهل عند سؤال الملكين جوابى ، والى رضوانك إيابى اللهم بفضلك حقق رجائى ولا تخيب دعائى برحمتك يا أرحم الراحمين . وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٥٢٨ .

(٢) كشاف القناع جـ٢ ص ١٩٢ .

(٣) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٥٢٢ .